



MANUEL JOÃO DE OLIVEIRA BATISTA

**CUMPRIMENTO DE ORDENS, OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E  
DISCIPLINA MILITAR  
*VERSUS*  
PERPETRAÇÃO (IN)VOLUNTÁRIA DE CRIMES**

Dissertação com vista à obtenção do grau  
de Mestre em Direito e Segurança

Orientador:

Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2014



### **Declaração antiplágio**

O texto da presente dissertação de mestrado é da exclusiva autoria do aluno que o subscreve e toda a utilização de contribuições ou textos alheios foi devidamente referenciada ao longo do mesmo trabalho.



## **Dedicatória**

*À minha esposa,*  
pelo carinho, paciência, apoio e incentivos, demonstrados durante todo este tempo.

*Às minhas queridas filhas,*  
pelo orgulho que me têm dado e por serem os meus verdadeiros referenciais de vida.



## **Agradecimentos**



Ao Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, pela especial e sempre disponível orientação que me concedeu.

Um profundo agradecimento.





## Siglas

Ac	Acórdão
BGECM	Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar
CJM	Código de Justiça Militar
CP	Código Penal português
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR	Diário da República
EMFAR	Estatuto dos Militares das Forças Armadas
EUA	Estados Unidos da América
FFAA	Forças Armadas
GM	Guerra Mundial
GNR	Guarda Nacional Republicana
LDN	Lei da Defesa Nacional
LOBOFA	Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas
PSP	Polícia de Segurança Pública
QP	Quadro Permanente
RDM	Regulamento de Disciplina Militar
SS	abreviatura de  ou  do alfabeto rúnico usado pelas línguas germânicas, posteriormente utilizada como sigla pelo partido nazista alemão para identificar a <i>tropa de protecção</i> ( <i>Schutzstaffel</i> ).
TC	Tribunal Constitucional
TPI	Tribunal Penal Internacional



### **Outras declarações**

O corpo desta dissertação de Mestrado, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199.841 caracteres.



## Resumo

O cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, são valores fundamentais à existência e sobrevivência das FFAA. Sem eles não se concebem umas FFAA como pilar essencial de um Estado de Direito democrático e garante da independência nacional.

Estando a emissão de ordens, seu recebimento e cumprimento, umbilicalmente ligadas à disciplina militar, e sendo certo que tais injunções impõem o funcionamento dum especial regime de obediência dentro de concretos *aparelhos organizados de poder* como são as FFAA, só analisando a importância de tais ordens dentro deste micro-cosmos - de estrutura hierárquica rígida - será possível entender qual a qualificação jurídico-criminal a atribuir só ao *homem-de-trás*, tendo por referência o papel do *homem-da-frente* (*i.e.* quem ordena *versus* quem executa). Isto quando estamos perante a prática de ilícitos criminais, sem esquecer o *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade* de quem executa.

Uma coisa temos por certa, se estivermos perante ordens que se consubstanciem na prática de ilícitos criminais, nesse caso estaremos perante um limite ao dever de obediência, que é inultrapassável, não só por imperativos legais como constitucionais. E os militares juraram dever de obediência à Lei Fundamental.

Ainda relacionado com a temática da obediência a ordens superiores está indelévelmente associada a análise da legislação vigente, que regula esta temática dentro da instituição castrense. Neste sentido, entendeu-se evidenciar as principais normas que regulam esta matéria dentro do ordenamento jurídico militar português e, estabeleceu-se quando necessário, a correspondente ponte com o Direito comum ou com as posições da Doutrina sempre que a realidade a avaliar assim o exigiu.



### *Abstract*

Following orders, hierarchical obedience and military discipline are essential values for the survival of the armed forces. Without them, it is not possible to conceive the armed forces as an essential pillar of a democratic state of law and a guarantor of national independence.

As issuing orders as well as receiving and following them are inextricably linked to military discipline, and as such injunctions entail the workings of a particular obedience regime within the specific kind of organized power framework which is the Armed Forces, only by analysing the importance of such orders within this microcosm – with its strict hierarchical structure – will it be possible to understand which criminal judicial qualification to ascribe to the individual at the rear by reference to the role of the front line individual (i.e. the one who issues an order vs the one who executes it). That is, of course, when we are faced with the practice of unlawful acts, keeping in mind the organizational framework and its influence over the will of the executor.

One thing we take as read, if the orders can be described as unlawful, the boundary line of the duty of obedience, which cannot be overstepped, both because of a legal as well as a constitutional imperative, will have been crossed. And the military have sworn an oath of obedience to the fundamental law.

The topic of hierarchical obedience cannot be separated from the analysis of current legislation which pertains to the topic within military institutions. With that in mind, it appeared relevant to address the major norms which regulate the matter within the Portuguese military legal system, and, whenever necessary and required by the reality under analysis, to relate that to civilian law or legal doctrine.





*(...) Os depoimentos das testemunhas que foram apresentados na barra do tribunal gelaram-me, novamente, o sangue, assim como quando fui obrigado a assistir a estes horrores, devido às ordens que tinha recebido.*

*- Tive a infelicidade de me ver envolvido nestes horrores, o que não foi fruto da minha vontade, não tive a intenção de matar homens. São os próprios dirigentes políticos os únicos responsáveis deste assassinato colectivo. (...)*

*- A minha culpa reside na minha obediência, no meu respeito pela disciplina e nas minhas obrigações militares em tempo de guerra, no meu juramento de fidelidade que prestei quer como soldado, quer como funcionário.*

*- Além disso, estava submetido às leis da guerra.*

*- Esta obediência não era fácil. Aquele que já esteve sob ordens ou a mandar sabe o que se pode exigir de um ser humano. (...)*

*- Acuso os governantes de terem abusado da minha obediência, que era exigida naqueles tempos, como também será exigida, no futuro, a qualquer subordinado.*

*- A obediência encontra-se entre os virtuosos. É por isso que eu peço para terem em conta o facto de eu ter obedecido, e não a quem eu obedeci.*

- *Como já disse, a classe dirigente, da qual eu não fazia parte, ditava as ordens. Penso que é esta quem merecia ser punida pelos horrores cometidos às suas ordens.*
- *Mas os subordinados são agora as vítimas. Eu sou uma dessas vítimas, não podemos deixar de ter isso em conta.*
- *Pretende-se alegar que eu deveria ter desobedecido. É um ponto de vista eminentemente retrospectivo. Naquelas circunstâncias, uma atitude destas seria impossível, ninguém tinha a coragem de se comportar desta maneira.*
- *Sei por experiência própria que esta possibilidade de desobedecer a uma ordem, a qual nunca foi questionada a não ser depois da guerra, é uma fábula inventada por aqueles que tinham necessidade disso. (...)*
- *Depois da guerra, fiquei indignado ao constatar que todos os meus superiores me atribuíam todas as culpas. (...)*

Adolf Eichmann, em depoimento no Tribunal de Jerusalém<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. ARENDT, Annah, in *Eichman em Jerusalém. Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal*, edições Tenacitas, Coimbra, 2003, pp. 15 e 16.

Hannah Arendt, nasceu na Alemanha em 1906 e é considerada um nome fundamental da filosofia política século XX (...). Em 1960, assiste em Jerusalém ao julgamento do criminoso de guerra nazi Adolf Eichmann. Os artigos que escreve na altura sobre o julgamento, e o livro que se lhes seguiu, agora publicado em português, provocaram escândalo. In contracapa da obra nesta nota referida.

## I

### Introdução e motivação

A escolha do tema «cumprimento de ordens, obediência hierárquica e disciplina militar *versus* perpetração (in)voluntária de crimes», como tema de dissertação para obtenção do grau de mestre no âmbito do “IX CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E SEGURANÇA”, ministrado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, teve como motivação:

1.º - A realidade vivida dentro da instituição castrense - organização onde o discente profissionalmente presta funções - à qual corresponde um microcosmos societário, em que os valores da *disciplina*, a importância do *cumprimento de ordens* e a *obediência hierárquica* são essenciais, implicando uma especial vivência, em muitos aspectos, diferente da sociedade em geral;

2.º - O facto do discente ter exercido funções de investigação criminal num órgão de polícia criminal e, durante as fases de inquérito e de instrução de processos-crime de natureza estritamente militar que investigou, os valores da *disciplina militar*, do *cumprimento de ordens* e da *obediência hierárquica*, ainda que não fosse muitas vezes o objecto principal da matéria a apurar, era uma realidade que tinha de ter permanentemente presente, atendendo não só à qualidade dos agentes envolvidos, mas sobretudo, à importância dos bens jurídicos<sup>2</sup> protegidos nos crimes investigados;

---

<sup>2</sup> Bem jurídicos militares, entendidos como o conjunto de interesses socialmente valiosos que se ligam à função militar específica: a defesa da Pátria, e sem cuja tutela as condições de livre desenvolvimento da comunidade seriam pesadamente postas em questão, cfr. DIAS, Figueiredo, in *Justiça Militar*, Colóquio Parlamentar da Comissão de Defesa Nacional, edição da Assembleia da República, Lisboa 1995, p. 26.

No mesmo sentido, (...) entre esses bens há dois que merecem particular realce: os **bens da disciplina e da hierarquia**, características estruturais de umas forças militares e militarizadas capazes de cumprir as suas missões, cfr. CANAS, Vitalino, aquando da discussão conjunta na Assembleia da República, na generalidade, dos projectos de lei do actual Código de Justiça Militar, in *Diário da Assembleia da República*, I série, n.º 107, de 3 de Abril de 2003, IX Legislatura, 1.ª Sessão Legislativa (2002-2003), p. 24. **Bold** nosso.

3.º - Por fim, os conceitos de *disciplina militar* e de *obediência hierárquica*, aliados aos conceitos *domínio da vontade* e *domínio da organização*<sup>3</sup>, percebem realidades pelo discente experienciadas que, conexas com o (in)cumprimento de ordens, poderão consubstanciar a *perpetração (in)voluntária de crimes*. Temática complexa e actual (considerada mesmo, num passado próximo, controversa) que, em nossa modesta opinião, é sempre merecedora de especial atenção e estudo.

Uma referência quanto à expressa colocação no corpo do trabalho de diversa legislação, designadamente no contexto e interpretação dos deveres militares, matéria directamente relacionada com o *cumprimento de ordens*, com a *obediência hierárquica* e com a *disciplina militar*. A razão desta inclusão prende-se com os seguintes factos:

- Por um lado, o facto da instituição castrense se reger por um conjunto de valores e regras de conduta específicas de um meio muito particular, comparado com a sociedade-civil, e não se conhecendo esse meio ou, sobretudo, desconhecendo-se as concretas normas jurídicas que o regulam, é muito difícil fazer um correcto juízo de valor (ou desvalor) relativamente às acções - e respectivos resultados – dos seus elementos, seja no âmbito disciplinar ou no âmbito criminal<sup>4</sup>.

- Por outro lado, a norma penal militar e a norma disciplinar militar, frequentemente, protegem o mesmo bem - ainda que com graduação diferente - e, neste seguimento, muitas vezes a repressão por violação do bem jurídico penal (v. g. o *crime de insubordinação* p. e .p. no Código de Justiça Militar, por incumprimento

---

<sup>3</sup> Sobre os conceitos *domínio da vontade*, *domínio da organização* e, ainda, *aparelhos organizados de poder*, todos conceitos directamente relacionados com o tema deste trabalho - e por isso a abordar com mais acuidade ao longo do mesmo - vide DIAS, Figueiredo “Os aparelhos organizados de poder” e o “domínio da organização”, in *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 788 a 790.

<sup>4</sup> Só assim se compreende que da *composição dos tribunais de qualquer instância que julguem crimes de natureza estritamente militar fazem parte um ou mais juízes militares, nos termos da lei*. Cfr. n.º 3 do art.º 211.º, da CRP. No mesmo sentido FILIPE, António, aquando da discussão conjunta na Assembleia da República, na generalidade, dos projectos de lei do actual Código de Justiça Militar: (...) *O juiz militar, tal como o concebemos, deve, em pé de igualdade com os magistrados judiciais do mesmo tribunal, carrear para o julgamento o seu conhecimento técnico, a sua vivência militar e o sentir próprio dos valores da instituição militar, numa lógica de integração de saberes, para que se alcance, a final, uma justiça mais perfeita*. In *Diário da Assembleia da República*, I série, n.º 107, de 3 de Abril de 2003, IX Legislatura, 1.ª Sessão Legislativa (2002-2003), p. 30.

de uma ordem) vem na continuidade duma punição por violação duma regra disciplinar – v. g. o *dever de obediência hierárquica*, sendo este um valor essencial ao funcionamento da disciplina militar.

Assim, evidenciando-se algumas destas normas no seu contexto, permite-nos de um modo mais fluído expor as nossas ideias.



## **II**

### **1. A importância do cumprimento de ordens na estrutura hierarquizada militar e sua relação com a obediência hierárquica e a disciplina militar**

Prestando as Forças Armadas (FFAA) um importante contributo à segurança do Estado e sendo a segurança um direito constitucionalmente consagrado o qual, em conjunto com a justiça e o bem-estar social e económico dos cidadãos, constitui um dos três fins do Estado social;

Sendo as FFAA, dentro da defesa nacional, *um corpo administrativo especial destinado a assegurar a componente mais essencial dessa mesma defesa, que é a militar*<sup>5</sup> e caracterizando-se as mesmas como estrutura fortemente hierarquizada, que assenta o seu funcionamento *na submissão dos escalões inferiores aos superiores na actividade de comando, característica que se pode denominar «consenso organizativo», aspecto que assume particular relevância na organização militar*<sup>6</sup>;

Porque no âmbito da acção das FFAA, *a preocupação de garantir maior eficácia à sua actuação e a total dedicação ao interesse público, implica uma exigência adicional em matéria de disciplina interna*, sendo por isso um factor decisivo para a estrutura militar a uniformidade da obediência por parte de uma multiplicidade de indivíduos<sup>7</sup>, é neste contexto que se compreende o valor e a importância da disciplina militar, que se assume como um instrumento essencial à acção de comando;

Porque o poder disciplinar militar, exercido pelo superior hierárquico detentor do mesmo, não é mera garantia do cumprimento dos comandos ou ordens por aquele emanados, mas sim *uma forma de assegurar que o funcionário público* (no

---

<sup>5</sup> Cfr. MORAIS, Carlos Blanco, ARAÚJO, António e LEITÃO, Alexandra in *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, Edições Cosmos, Instituto da Defesa Nacional, Lisboa 2000, p. 19.

<sup>6</sup> Cfr. LEITÃO, Alexandra, in *ob. cit* [5], p. 462.

<sup>7</sup> Idem, p. 487.

nosso caso o militar<sup>8</sup>) *exerce sempre as suas funções tendo em vista a realização do interesse público, no cumprimento da legalidade em geral e na concretização do dever de boa administração*<sup>9</sup>;

Porque num mundo caracterizadamente globalizado como é o actual, à tradicional missão (genérica) atribuída às FFAA de defesa da integridade do território nacional contra ameaças externas, junta-se, cada vez mais, a satisfação de compromissos internacionais – como é o caso das denominadas missões de apoio à política externa do Estado, onde as FFAA portuguesas têm assumido um relevante papel;

Porque em resposta aos mais recentes perigos para a segurança colectiva, ainda decorrente da globalização, *o Estado deve maximizar as capacidades civis e militares existentes e impulsionar uma abordagem integrada na resposta às ameaças e riscos*<sup>10</sup>, bem como *deve aprofundar a cooperação entre as Forças Armadas e as forças e serviços de segurança em missões no combate a agressões e às ameaças transnacionais*<sup>11</sup>, uma vez que hoje em dia, e cada vez mais, *as fronteiras da segurança nacional vão para além das fronteiras territoriais do Estado*<sup>12</sup>, motivos porque *o sistema de segurança interna não deve ser considerado isoladamente, mas antes integrado no sistema mais amplo e abrangente da segurança nacional, que faz apelo aos princípios da complementaridade e da interdependência entre todas as suas componentes*<sup>13</sup>;

---

<sup>8</sup> Sobre a tendência de considerar o militar como funcionário público diremos que se trata de uma questão não totalmente pacífica, apesar da doutrina e da jurisprudência (esta última maioritariamente neste tocante), considerarem a função militar como integrando a função pública em sentido amplo; não obstante a condição militar exigir especificidades estatutárias que, de todo, distinguem os militares dos demais funcionários públicos. Na verdade, quer as normas estatutárias que regulam a profissão militar, quer os deveres pessoais que lhes são exigidos (que se distinguem dos deveres funcionais dos demais funcionários públicos), permitem concluir, inequivocamente, que a profissão militar vai muito além do normal conceito de funcionário público.

<sup>9</sup> Cfr. LEITÃO, Alexandra, *in ob. cit* [5], p. 487, citando Paulo Otero.

<sup>10</sup> Cfr. *Conceito Estratégico de Defesa Nacional*, anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2013, *in Diário da República* (DR), 1.ª série, n.º 67, 5 de Abril de 2013, p. 1989.

<sup>11</sup> Idem., 1990.

<sup>12</sup> Ibidem, p.1991.

<sup>13</sup> Ibidem, p 1992.



Porque no decurso no decurso das referidas missões, seja na área dos interesses da defesa nacional, seja na área de outros importantes desígnios – nacionais ou internacionais - a missão global atribuída pode ser posta em causa (e a imagem do país do Estado pode vir a ser afectada), designadamente quando aqueles que integram a instituição castrense violarem os mais elementares deveres deontológicos<sup>14</sup> que lhes são exigidos<sup>15</sup>;

Sendo a segurança um direito e uma garantia que deve ser prestada pelo Estado face ao contrato-social por este celebrado com os cidadãos;

Em face do exposto, parece-nos, salvo melhor opinião, que as missões atribuídas às FFAA - essenciais quer à salvaguarda da segurança do país, quer à satisfação dos compromissos internacionais assumidos<sup>16</sup> - só serão alcançadas se existir uma forte disciplina interna que permita o regular funcionamento de tão importante organização. É que nos propomos seguidamente abordar.

---

<sup>14</sup> *Fala-se de Deontologia definindo-a como a “ciência dos deveres”, em sentido jurídico, como a extensão do direito profissional. Nesta perspectiva, a deontologia “equivale ao conjunto codificado das obrigações impostas aos profissionais” pelo exercício da sua profissão”. (...) Assim não devemos confundir Deontologia com Ética ou Moral profissional, porque são âmbitos diferentes. (...) As normas deontológicas são estabelecidas pelos próprios profissionais, depois de uma atenta reflexão sobre a prática quotidiana, tendo como ponto de partida o que favorece e o que prejudica a profissão, bem como todos aqueles que poderão estar envolvidos. (...). Cfr. COTRIN, Teresa - Ética e Deontologia o que significa?, jornal *Correio da Manhã*, Suplemento *CM Saúde*, (10/DEZ/1997), p. 7.*

<sup>15</sup> Referimo-nos, a título de exemplo, aos mais recentes acontecimentos realizados pelas FFAA americanas, no âmbito de missões internacionais, quando soldados americanos decidiram urinar sobre corpos de afegãos e, ainda, aos excessos cometidos pelas tropas americanas sobre prisioneiros de guerra em Abu Grhaib-Iraque. Sobre esta matéria *vide* os seguintes *sites*:

<http://www.youtube.com/watch?v=rdHsanvYmTM&feature=related>, sítio pela última vez revisitado em 19/2/2014;

<http://www.telegraph.co.uk/news/picturegalleries/worldnews/5330481/New-outrage-over-Iraq-prison-abuse-photographs.html?image=2>, sítio pela última vez revisitado em 19/2/2014.

<sup>16</sup> A este respeito *vide* art.º 3.º da Lei da Defesa Nacional (LDN), Lei n.º 1-B/2009 de 7 de Julho:

### **Artigo 3.º**

#### **Defesa nacional e compromissos internacionais**

*A defesa nacional é igualmente assegurada e exercida no quadro dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português na prossecução do interesse nacional.*

### 1.1. O valor e a importância da disciplina – e correspondentes deveres - para o funcionamento da organização militar

Estando os deveres militares directamente conectados com a assumpção de deveres deontológicos – entendidos no sentido daquilo que favorece ou prejudica a actividade profissional - o antigo Regulamento Disciplinar Militar de 1913 definia a disciplina militar como *o laço moral que ligava entre si os diversos graus da hierarquia, a qual nascia da dedicação pelo dever e consistia na estrita e pontual observância das leis e regulamentos militares.*

Já o actual (ou principal) repositório da disciplina militar<sup>17</sup> diz-nos que esta *consiste no cumprimento pronto e exacto dos deveres militares decorrentes da Constituição, das leis e regulamentos militares, bem como das ordens e instruções dimanadas dos superiores hierárquicos em matéria de serviço*<sup>18</sup>.

Para além das múltiplas definições, ou conceitos, que lhe queiramos atribuir, cedo concluiremos que a disciplina militar é essencial para a integridade (ou unicidade) da organização militar, bem como é fundamental para a sua eficiência e eficácia. Ademais, a comunidade militar só poderá cumprir integralmente a sua missão – que lhe está constitucionalmente cometida<sup>19</sup> - se lhe forem garantidos os meios para tanto indispensáveis. E um desses meios é a disciplina militar.

Sem disciplina militar é impensável o cumprimento da missão da organização militar, nem mesmo é possível a sobrevivência das FFAA seja em que quadrante for. A disciplina militar é um instrumento em permanente aplicação e em permanente actividade operacional. Podemos mesmo afirmar que *sem disciplina não há Forças Armadas*<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Referimo-nos ao Regulamento de Disciplina Militar (RDM), Lei Orgânica n.º 2/2009 de 22 de Julho.

<sup>18</sup> Cfr. art.º 4.º do RDM, *leg. cit.* [17]. Sublinhado nosso.

<sup>19</sup> Cfr. art.º 273.º ao art.º 276 da Constituição da República Portuguesa (CRP). Trata-se de um conjunto de preceitos constitucionais que constituem a denominada *Constituição da Defesa* ou *Constituição Militar*, cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *in* Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.ª edição revista e ampliada, 2.º volume, Coimbra Editora, 1985, p. 450.

<sup>20</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *in ob. cit.* [2], p. 19.

É a disciplina militar (e o seu cumprimento) quem garante a observância dos valores militares fundamentais, nos quais se baseiam a organização e a actividade das FFAA, nomeadamente: o respeito pela hierarquia, a valorização da coesão, a salvaguarda da segurança, a obediência aos órgãos de soberania, tudo contribuindo para o cumprimento da missão.

Directamente relacionado com a importância da disciplina militar e com o valor que a mesma assume para o normal funcionamento das FFAA, relaciona-se a restrição (constitucionalmente admitida<sup>21</sup>) de alguns direitos dos militares. E esta limitação, ou coarctação, do exercício dos direitos de *expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e capacidade eleitoral passiva*<sup>22</sup> justifica-se em razão dos objectivos que a Defesa Nacional tem de garantir. Isto é, se não existissem este tipo de restrições impostas aos militares, as missões cometidas às FFAA poderiam vir a ser fortemente afectadas e, assim, concomitantemente, os objectivos da Defesa Nacional poderiam não ser alcançados. Mais, a transgressão destas restrições pode consubstanciar-se na violação de deveres militares, constantes no Regulamento de Disciplina Militar (RDM)<sup>23</sup>, que é uma regulamentação especial<sup>24</sup>, onde constam os principais deveres gerais e especiais (essenciais à disciplina militar) a serem respeitados pelos militares.

---

<sup>21</sup> Cfr. art.º 270.º da CRP.

**Artigo 270.º**

**(Restrições ao exercício de direitos)**

*A lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical.*

<sup>22</sup> Vide seguintes normas da LDN, *leg. cit.* [16]: art.º 26.º (Direitos fundamentais), art.º 27.º (Regras gerais sobre o exercício de direitos), art.º 28.º (Liberdade de expressão), art.º 29.º (Direito de reunião), art.º 30.º (Direito de manifestação), art.º 31.º (Liberdade de associação), art.º 32.º (Direito de petição colectiva) e art.º 33.º (Capacidade eleitoral passiva).

<sup>23</sup> RDM, enquanto especial diploma legal, *leg. cit.* [17].

<sup>24</sup> Cfr. art.º 35.º da LDN (sublinhado nosso), *leg. cit.* [16], norma que estabelece:

**Artigo 35.º**

**Justiça e disciplina militares**

As exigências específicas relativas às Forças Armadas em matéria de justiça e de disciplina são reguladas por leis especiais.

Inobservados alguns dos deveres militares (e ainda decorrente da superioridade hierárquica dos seus camaradas), o militar poderá estar sujeito a penas privativas da liberdade, por via disciplinar e por simples ordem de comando. Tal compreende-se devido ao facto dos deveres dos militares serem (essencialmente) de natureza pessoal, enquanto que os deveres dos demais funcionários do Estado são de natureza funcional. E são de natureza pessoal porque aos outros funcionários não são exigidos especiais deveres como aqueles que se exigem aos militares, designadamente: o dever de sacrifício na cedência da própria vida, o dever do risco no cumprimento de missões, o dever de coesão, o dever de disponibilidade, o dever de isenção política.

Mas qual é a racional subjacente a este tipo de exigência?

Sendo o ambiente de actuação dos militares substancialmente diferente do comum dos cidadãos, sobretudo atendendo à perigosidade danosa da sua conduta - que poderá ser muito superior comparativamente à do normal cidadão, isto face ao latente uso da força armada<sup>25</sup> - diremos que existe, inequivocamente, uma absoluta justificação para uma regulamentação disciplinar com características próprias e especiais, a qual vai ao limite de prever a privação - excepcional - da liberdade pela via administrativa<sup>26</sup>.

---

LDN que, não opinião de alguns autores, face à importância a matéria que regula, é considerada a *magna carta da defesa e da instituição militar*, cfr. MORAIS, Carlos Blanco de, *in ob. cit.* [5], pp 409 e 428.

<sup>25</sup> A este respeito: *Um militar lida, por natureza, com equipamento de alto poder destrutivo, destinado a neutralizar forças adversárias em combate. Ora, como VV. Ex.as bem sabem, um maior poder implica uma maior responsabilidade, e é por essa especial responsabilidade que tanto os militares das Forças Armadas como os militares da GNR possuem condição militar.* Cfr. RIBEIRO, Rodrigo, aquando da discussão conjunta na Assembleia da República, na generalidade, dos projectos de lei do actual Código de Justiça Militar, *in Diário da Assembleia da República, I série, n.º 107*, 3 de Abril de 2003, IX Legislatura, 1.ª sessão legislativa (2002-2003), p. 34.

<sup>26</sup> Cfr. alínea d) do n.º 3 do art.º 27.º, da CRP, seguidamente transcrito (sublinhado nosso):

**Artigo 27.º**

**(Direito à liberdade e à segurança)**

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

(...)

3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

(...)

d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

(...)

A fim de perceber e melhor se entender a importância de valores directamente conexos com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e exigência da disciplina (todos referenciais de dimensão axiológica para os militares) e que se relacionam, directamente, com o tema central deste trabalho, seguidamente se elencam alguns dos deveres especiais (e pessoais) que se exigem aos militares:

- O dever de *sacrifício na cedência da própria vida*, tal como previsto na Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar<sup>27</sup> (BGECEM), importante diploma do ordenamento jurídico militar que caracteriza esta profissão, entre outros aspectos, pela *permanente disponibilidade para lutar em defesa da Pátria, se necessário com o sacrifício da própria vida*<sup>28</sup>. Este dever é prestado em juramento público, sob a seguinte fórmula consagrada no art.º 7.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas (EMFAR)<sup>29</sup>: *Juro, como português e como militar, guardar e fazer guardar a Constituição e as leis da República, servir as Forças Armadas e cumprir os deveres militares. Juro defender a minha Pátria e estar sempre pronto a lutar pela sua liberdade e independência, mesmo com o sacrifício da própria vida*;

- O dever *pela sujeição aos riscos inerentes ao cumprimento das missões militares, bem como à formação, instrução e treino que as mesmas exigem, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra*<sup>30</sup>, previsto não só na BGECEM, como também no EMFAR, quando este Estatuto refere ser dever dos militares *aceitar com coragem os riscos físicos e morais decorrentes das suas missões de serviço*<sup>31</sup>;

- O *dever de lealdade*, directamente conexo não só com o *desempenho de funções em subordinação aos objectivos de serviço na perspectiva da prossecução das missões das Forças Armadas*, mas também relacionado com o

---

<sup>27</sup> Cfr. Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar (BGECEM), Lei n.º 11/99 de 1 de Junho.

<sup>28</sup> Cfr. alínea b) do art.º 2.º da Lei de BGECEM, *leg. cit.* [27].

<sup>29</sup> Cfr. Estatuto dos Militares das Forças Armadas (EMFAR), Decreto-Lei n.º 236/99 de 25 de Junho.

<sup>30</sup> Cfr. alínea c) do art.º 2.º da Lei de BGECEM, *leg. cit.* [27].

<sup>31</sup> Cfr. alínea d) do n.º 2 do art.º 15.º do EMFAR, *leg. cit.* [29].

*respeitar e agir com franqueza e sinceridade para com os militares de posto superior, subordinados ou de hierarquia igual ou inferior, tanto no serviço como fora dele*<sup>32</sup>;

- O dever de obediência, que consiste em cumprir, completa e prontamente, as ordens e instruções dimanadas de superior hierárquico, dadas em matéria de serviço, desde que o seu cumprimento não implique a prática de um crime, previsto no RDM<sup>33</sup>;

- O dever de autoridade (directamente relacionado<sup>34</sup> com o dever de obediência) que impõe ao militar que seja *prudente e justo mas firme, na exigência do cumprimento das ordens, regulamentos e outras determinações, ainda que para tanto haja que empregar quaisquer meios extraordinários indispensáveis para compelir os inferiores hierárquicos à obediência devida*. Exige ainda este dever de autoridade que o agente militar seja *sensato e enérgico na actuação contra qualquer desobediência, falta de respeito ou outras faltas de execução, usando para esses fins todos os meios que as normas de direito lhe facultem*<sup>35</sup>.

Esta faculdade que o *dever de autoridade* concede aos militares de posto superior, relativamente aos seus subordinados, no sentido de compelir estes à obediência às ordens daqueles, advém do poder de autoridade que os militares detêm. No caso, *os militares exercem os poderes de autoridade inerentes ao desempenho das funções de comando, direcção, inspecção e superintendência, bem como a correspondente competência disciplinar*<sup>36</sup>. Sendo certo que o exercício dos

---

<sup>32</sup> Cfr. n.º 1 e alínea b) do n.º 2 do art.º 16.º do RDM, *leg. cit.* [17].

<sup>33</sup> Cfr. n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do art.º 12.º do RDM, *leg. cit.* [17] e n.º 2 do art.º 4.º da Lei de BGECM, *leg. cit.* [27].

<sup>34</sup> Diremos mesmo que são dois deveres interdependentes.

<sup>35</sup> Cfr. alíneas a) e b) do n.º 2 do art.º 13.º do RDM, *leg. cit.* [17]. Sublinhado nosso.

<sup>36</sup> Cfr. n.º 1 do art.º 9.º da Lei de BGECM, *leg. cit.* [27]. Norma que tem a sua directa correspondência no art.º 10.º do EMFAR, *leg. cit.* [29], no caso, no:

**Artigo 10.º**

**Poder de autoridade**

1 - O militar que exerça funções de comando, direcção ou chefia exerce o poder de autoridade inerente a essas funções, bem como a correspondente competência disciplinar.

2 - O exercício dos poderes de autoridade implica a responsabilidade pelos actos que por si ou por sua ordem forem praticados.

*poderes de autoridade (...) decorre das posições que ocupam na escala hierárquica e dos cargos que desempenham*<sup>37</sup>.

Relativamente aos deveres militares aqui enunciados de modo exemplificativo<sup>38</sup>, poderão os correspondentes valores vir a ser levados em apreciação, em termos de juízo de prevalência, isto aquando dos momentos conjunturais à realização de um comportamento típico, designadamente quando ao subordinado é ordenado a prática de um determinado típico de ilícito.

Estando os militares obrigados a suportar (ou sendo mesmo incitados) a não ceder perante o *perigo de um mal igual ou maior*<sup>39</sup>, devendo mesmo nalgumas situações sacrificar o interesse subjacente ao dever militar que lhe é imposto, isto sobretudo em razão do concreto ambiente onde desempenham as suas funções, referimo-nos de um modo sobrelevado às situações de conflito armado (incluindo o estado de guerra), bem como às operações de apoio à paz e, ainda, ao desempenho de algumas missões em tempo de paz (v. g. instrução e treino), é legítimo perguntar:

- Perante a realização de determinadas condutas ilícitas que tenham sido ordenadas ao agente militar, se o mesmo for confrontado por um dever - ou mais deveres, em simultâneo – que imponha uma conduta diferente, justificará o cumprimento desse dever (ou deveres) a não realização das condutas ilícitas ordenadas?

- Ou, em sentido inverso, perante a realização de um facto típico que foi ordenado ao agente militar, justifica-se o sacrifício (isto é, a violação) de qualquer um dos deveres decorrentes do RDM, ou de outro qualquer diploma do

---

(...)

<sup>37</sup> Cfr. n.º 2 do art.º 10.º da Lei de BGECEM, *leg. cit.* [27].

<sup>38</sup> Enumeração exemplificativa a que obedece também a redacção de quase todos os deveres militares elencados no RDM, *leg. cit.* [17].

<sup>39</sup> É isto o que prevê o Código de Justiça Militar (CJM), Lei n.º 100/2003, de 15 de Nov. (sublinhado nosso):

**Artigo 13.º**

**Perigo**

O perigo iminente de um mal igual ou maior não exclui a responsabilidade do militar que pratica o facto ilícito, quando este consista na violação de dever militar cuja natureza exija que suporte o perigo que lhe é inerente.

ordenamento jurídico militar (v.g. o EMFAR), que impõem uma conduta diversa ao agente militar?

- Sabemos que, nalguns casos, a violação de um dever pode consubstanciar também<sup>40</sup> a prática de um facto típico. Isto é, o agente militar pode ver-se confrontado (em simultâneo) por ter que optar entre dois (ou mais) deveres incompatíveis entre si. Como dirimir este conflito?

O cumprimento de qualquer dever, no nosso caso do dever militar, vai muito para além da prática de um determinado acto, ou da abstenção de determinada acção. Por analogia com o Direito Civil<sup>41</sup>, é também nossa opinião que o dever militar deve ser entendido como *a necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar certo comportamento*<sup>42</sup>; isto atendendo, essencialmente, à realidade que o dever militar pretende regular.

Assim, se o dever militar tem protecção legal, as respostas às questões anteriormente suscitadas, para além do seu esclarecimento legal, passa ainda, em nossa modesta opinião, pela análise da realidade onde os potenciais actos poderão ocorrer. Realidade essa que não pode ser descurada.

Na verdade, existem determinados deveres militares que, face ao valor que visam proteger, não permitem ao agente militar suportar em todas as circunstâncias *o perigo de um mal igual ou maior*<sup>43</sup>. Mais, os deveres militares que estão elencados no RDM do art.º 12.º ao art.º 24.º, porque obedecem a uma hierarquia face aos valores que visam garantir, alguns deles não poderão ser sacrificados relativamente a outros. É isso que, de alguma forma, nos refere o art.º 13.º, *in fine*, do CJM, que

---

<sup>40</sup> É o caso do *dever de obediência* sancionado no RDM, por violação do seu art.º 12.º, *leg. cit.* [17] *versus* crime de *insubordinação por desobediência*, p. e p. no art.º 87.º do CJM, *leg. cit.* [39]. Tudo indicaria estarmos aqui perante um concurso real de normas, ou não tivesse cada um destes diplomas legais e correspondentes processos que os mesmos visam regular, diferentes objectivos: o Direito Penal (ainda que Militar) tem em vista garantir bens jurídicos respeitantes à sociedade em geral e o Direito Disciplinar virado para a protecção de bens jurídicos relacionados com o funcionamento de um Serviço ou Organização.

<sup>41</sup> Referimo-nos, em concreto, ao Direito das Obrigações, ainda que seja um distinto ramo do Direito e, assim, matéria diversa do assunto central deste trabalho.

<sup>42</sup> Cfr. VARELA, Antunes, *in Das obrigações em geral, volume I*, 10.ª edição, Lisboa, 2004, p. 52.

<sup>43</sup> Cfr. art.º 13.º do CJM, *leg. cit.* [39].



deve ser interpretada como uma norma especial<sup>44</sup> por conter uma previsão que, em si mesma, encerra um regime específico comparativamente com aquilo que é estabelecido no Código Penal (CP) português – é o caso do regime previsto nos art.ºs 34.º e 35.º do CP<sup>45</sup>.

Nas respostas às questões por nós anteriormente colocadas, humildemente, concordamos com a posição do professor Figueiredo Dias, quando refere: *autêntico conflito de deveres susceptível de conduzir à justificação existe quando numa situação colidem distintos deveres de acção, dos quais só um pode ser cumprido*<sup>46</sup>, pois noutras situações análogas *o que então sucede é que um dever de acção entra em contradição com o dever (geral) de não ingerência em bens jurídicos alheios, pelo que o que verdadeiramente e no fundo se verifica é uma colisão de interesses que deve ser decidida segundo o 34.º e a teoria do estado de necessidade justificante*<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. art.º 35.º LDN *leg. cit.* [24], com ref.ª ao art.º 13.º do CJM, *leg. cit.* [39].

Sobre o facto do CJM ser considerado uma lei especial, *vide* DIAS, Figueiredo, quando refere: *o reconhecimento consequente de que o Código de Justiça Militar deverá ser um autêntico código especial, cingindo-se à consagração daquele núcleo mínimo de soluções que, por fundamentos axiológicos estritamente militares e de defesa nacional, não devam reconduzir-se ao direito penal e processual penal comum. In ob. cit.* [2], p. 26.

<sup>45</sup> CP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, e que estabelece neste tocante (sublinhado nosso):

**Artigo 34.º**

***Direito de necessidade***

*Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:*

- a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;*
- b) Haver sensível superioridade do interesse a salvar relativamente ao interesse sacrificado; e*
- c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.*

**Artigo 35.º**

***Estado de necessidade desculpante***

*1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.*

*2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.*

<sup>46</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *in ob. cit.* [3], p. 466 (sublinhado nosso).

<sup>47</sup> *Idem*, p. 467.

Na verdade, face às questões por nós suscitadas, não nos parece que o problema seja solucionado com recurso ao direito de necessidade (*cfr.* art.º 34.º do CP), pois nesta situação, *a justificação só teria lugar se o dever cumprido (ou, mais rigorosamente, a ponderação dos interesses nesse cumprimento implicados) fosse de valor sensivelmente superior àquele que se infringe (ou aos interesses respectivos)*<sup>48</sup>. Contudo, face às hipóteses por nós levantadas, não nos parece que seja isso aquilo que, de facto, poderá acontecer. Naquelas situações parece-nos, inequivocamente, estarmos perante uma situação de *conflito de deveres*<sup>49</sup>.

Além do mais, existem deveres militares que incitam à desobediência, ou melhor, impõem o incumprimento de qualquer ordem que implique a prática de um crime<sup>50</sup>. Ainda importante neste tocante – porque está directamente relacionado com o poder de autoridade dos militares – é o teor do n.º 3 do art.º 10.º do EMFAR, o qual estabelece expressas limitações ao mesmo poder de autoridade<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> *Conflito de deveres*, previsto no CP, *leg. cit.* [45], no seu art.º 36.º:

**Artigo 36.º**

**Conflito de deveres**

*1 – Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem a sacrificar.*

*2 - O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime.*

<sup>50</sup> *Cfr.* n.º 1, *in fine*, do art.º 12.º, do RDM, *leg. cit.* [33] e, ainda, n.º 2, *in fine*, do art.º 4.º, da Lei de BGECM, *leg. cit.* [27] e art.º 12.º *in fine* do EMFAR, *leg. cit.* [29], estas duas últimas normas seguidamente transcritas - com sublinhado nosso -:

**Artigo 4.º**

*2 - O dever de obediência consiste em cumprir, completa e prontamente, as leis e regulamentos militares e as determinações que de umas e outros derivam, bem como as ordens e instruções dimanadas de superior hierárquico, dadas em assuntos de serviço, desde que o seu cumprimento não implique a prática de crime.*

**Artigo 12.º**

**Dever de obediência**

*O dever de obediência decorre do disposto nas leis e regulamentos militares e traduz-se no integral e pronto cumprimento das suas normas, bem como das determinações, ordens e instruções dimanadas de superior hierárquico proferidas em matéria de serviço desde que o respectivo cumprimento não implique a prática de crime.*

<sup>51</sup> *Cfr.* n.º 3 do art.º 10.º, do EMFAR, *leg. cit.* [29], seguidamente transcrito (sublinhado nosso):

**Artigo 10.º**

**Poder de autoridade**

(...)

Se o argumento fosse, *tout-court*, a importância das ordens e seu cumprimento, quaisquer que sejam as circunstâncias em que aquelas fossem emitidas e viessem a ser cumpridas, inobstante existe no seio das FFAA (nomeadamente entre aqueles que exercem a autoridade) um princípio ancestral que deve estar permanentemente presente: *o abuso de autoridade, através de ordens ilegítimas, destrói o prestígio, enfraquece a liderança e mina a disciplina.*

Mas detenhamo-nos apenas no âmbito da legitimidade (ou ilegitimidade) das ordens dadas no âmbito da cadeia hierárquica militar. É essa a temática que nos propomos seguidamente abordar.

### **1.2. Da legitimidade das ordens e da justificação da obediência devida em cumprimento da disciplina militar**

A emissão de uma ordem da parte de um superior, exigindo que um inferior satisfaça o seu cumprimento, traduz uma manifestação de vontade daquele, a qual pode conduzir, por vezes, à prática de um facto típico.

Uma vez confirmada a prática do facto típico, impõe-se determinar a quem pertence (e a quem se vai atribuir) a respectiva responsabilidade, já que ao acto praticado não é alheia a comissão não só de quem executou, como ainda de quem determinou.

Estando a exigência do cumprimento de ordens dentro das FFAA directamente conexas com uma relação de direito público - isto porque o poder hierárquico, na sua essência, é inerente à Administração Pública e, assim, implica uma relação de direito administrativo entre o superior e o subordinado – é, sem dúvida, importante avaliar a relação entre os dois pólos de uma mesma ordem, no que diz respeito aos aspectos relacionados com a sua legitimidade formal e material. Deste

---

*3 - O exercício do poder de autoridade tem como limites a Constituição e as demais leis da República, as convenções internacionais e as leis e os costumes da guerra.*

modo, do lado de quem vai cumprir a ordem, exigem-se os seguintes pressupostos, isto para que o executor se encontre vinculado ao respectivo cumprimento:

- *Existência de uma relação de subordinação entre quem dá a ordem e quem a recebe;*
- *Observância das formalidades essenciais*<sup>52</sup>, da ordem propriamente dita.

Em relação à legitimidade da ordem e respectiva observância das suas formalidades essenciais, diremos que tal legitimidade *é em geral avaliada em duas perspectivas a formal e a material. A formal diz respeito à legalidade externa da ordem, ao contexto em que é transmitida e ao modo como é transmitida. Já a legitimidade material tem a ver com o conteúdo da ordem propriamente dito, com a sua conformidade aos pressupostos legais de natureza substancial*<sup>53</sup>.

Vejamos como se processa a emissão e o cumprimento de ordens.

### **1.2.1. Da ordem, respectiva autoridade e correspondente dever de obediência**

Entende a generalidade da doutrina que a ordem é um comando, ou imposição, dirigida por um superior a um inferior hierárquico seu subordinado<sup>54</sup> determinando a realização de uma conduta concreta. E este comando, ou ordem<sup>55</sup>, tanto pode ser transmitido de forma escrita como oral, sendo certo que, na realidade castrense, a ordem<sup>56</sup> oral tem uma preponderância acrescida, atendendo à natureza e ao

---

<sup>52</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, in *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 22.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> A distinção entre *inferior hierárquico* e *subordinado* não é despidiêda. No caso concreto das FFAA, um superior, face à estrutura da cadeia hierárquica militar, sob as suas ordens pode ter diversos inferiores hierárquicos, mas nem todos eles são seus subordinados. A este respeito *vide* segmento normativo constante no n.º 2 do art.º 271.º da CRP (...) *ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico* (...) – sublinhado nosso -.

<sup>55</sup> Para CAETANO, Marcelo, *ordem é a imposição ao agente de uma acção ou abstenção concreta, em objecto de serviço. Pode ser verbal ou escrita. In Manual de Direito Administrativo, Volume I*, Almedina Coimbra, 1991, p. 246.

<sup>56</sup> Já para AMARAL, Freitas, *as «ordens» traduzem-se em comandos individuais e concretos: através delas o superior impõe aos subordinados a adopção de uma determinada conduta específica. Podem ser dadas*

ambiente em que se desenrolam as operações militares (razão porque, em regra, as ordens dadas entre militares sejam de execução quase imediata, não se compaginando, muitas vezes, aquela realidade com a exigência de ordens escritas). Como sabemos, o circunstancialismo onde decorre a actuação dos agentes militares é substancialmente diverso, se o compararmos com o do comum dos cidadãos e demais funcionários ou agentes do Estado.

Já por autoridade entende-se o poder detido - e atribuído por lei – a uma pessoa para o exercício de determinadas funções. No caso dos militares, para além deste poder estar perfeitamente definido em legislação própria (designadamente no RDM<sup>57</sup>, na Lei de BGECM<sup>58</sup> e no EMFAR<sup>59</sup>) no caso dos militares que pertencem à categoria de Oficiais, é ainda dado destaque à respectiva autoridade na respectiva Carta Patente, documento assinado pelo Presidente da República<sup>60</sup>, onde consta: (...) *Aos seus subordinados que lhe obedeçam e guardem as suas ordens em tudo que tocar ao serviço nacional tão inteiramente como devem e são obrigados.* (...) <sup>61</sup>.

Até a própria noção de poder disciplinar, nos termos em que é definida por Marcelo Caetano, no caso *a autoridade conferida a um superior hierárquico para reprimir as infracções disciplinares cometidas pelos seus subalternos*<sup>62</sup>, em si mesma, faz referência à competência para punir. Logo nesta competência inclui-se, por inerência, a respectiva capacidade de punir. Razão porque o poder disciplinar

---

verbalmente ou por escrito. In *Curso de Direito Administrativo, Volume I*, 3.ª edição, Almedina Coimbra, 2006, p. 816.

<sup>57</sup> Vide art.º 13.º do RDM, *leg. cit.* [35].

<sup>58</sup> Vide n.º 2 do art.º 9.º e n.º 2 do art.º 10.º, ambos da Lei de BGECM, *leg. cit.* [36 e 37].

<sup>59</sup> Vide art.º 10.º do EMFAR, *leg. cit.* [29] e notas infra [37] e [51].

<sup>60</sup> Presidente da República e (...) *por inerência*, Comandante Supremo das Forças Armadas. Cfr. artigo 120.º, *in fine*, da CRP.

<sup>61</sup> Cfr. texto constante da Carta Patente, documento entregue aos Oficiais do Quadro Permanente (QP). Da Carta Patente é feita expressa referência no EMFAR, *leg. cit.* [29], no caso:

**Artigo 110.º**

**Documento de encarte**

1 - No acto de ingresso nos QP é emitido e entregue ao militar um documento de encarte onde conste o posto que sucessivamente ocupe na respectiva categoria.

2 - O documento de encarte, consoante as diferentes categorias, designa-se:

a) Carta-patente, para oficiais;

(...)

<sup>62</sup> Cfr. CAETANO, Marcelo, *ob. cit.* [55], volume II, p. 822. Sublinhado nosso.

militar, em regra, está cometido aos militares que exerçam funções de comando, direcção ou chefia. Isto é, aos militares com competência e capacidade para editar ordens. Sendo certo que ao poder disciplinar militar, atribuído por lei, está associado a correspondente competência disciplinar<sup>63</sup>.

Tal competência e capacidade de punir, em nossa opinião, deve também ser entendida como um conceito de medida uma vez que, na estrutura hierárquica militar, essa capacidade é tanto maior quanto maior for a autoridade detida<sup>64</sup>.

Assim, tal como transparece dos três parágrafos anteriores, ao incumprimento de uma ordem está directamente associado o exercício da acção disciplinar. Tal acção disciplinar não depende de participação, queixa ou denúncia, nem da forma como os factos (susceptíveis de integrar infracção disciplinar) chegaram ao conhecimento do comandante, director ou chefe competente. Por isso é que o exercício da acção disciplinar militar é sempre de natureza pública, sendo de instauração oficiosa, obrigatória e imediata. Tal decorre da natureza objectiva e da função de interesse público que a acção disciplinar e o poder disciplinar militar pretendem salvaguardar: a manutenção da disciplina, que é essencial ao cumprimento da missão atribuída às FFAA. E se *a competência para aplicar as sanções pertence a um superior hierárquico, temos a disciplina hierarquizada*<sup>65</sup>. Tal como existe no seio nas FFAA, onde a obediência *hierarquizada* assume particular relevo.

---

<sup>63</sup> Vide texto respeitante ao *dever de autoridade* no § 1.1. e correspondentes notas com referência ao mesmo [35 a 37].

<sup>64</sup> A este respeito vide art.º 64.º do RDM, *leg. cit.* [17], abaixo transcrito:

**Artigo 64.º**

**Princípios gerais**

1 – A competência disciplinar assenta no poder de comando, direcção ou chefia e nas correspondentes relações de subordinação.

2 – A competência disciplinar inclui a competência para instaurar processo disciplinar, bem como a competência para recompensar e punir, nos termos previstos nos quadros A e B anexos ao presente Regulamento, do qual fazem parte integrante.

3 – A competência disciplinar abrange sempre a dos seus subordinados nos termos da respectiva cadeia funcional de vinculação hierárquica.

(...)

<sup>65</sup> Cfr. CAETANO, Marcelo, *ob. cit.* [55], volume II, p. 823.

Estando a autoridade directamente conexas com a capacidade de emitir ordens, estas só serão eficazes se às mesmas estiver associado o correspondente dever de obediência. Logo, o dever de obediência consiste na *obrigação que impende sobre o funcionário de acatar e cumprir as ordens emanadas dos seus legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal*<sup>66</sup>. Desta forma, para que se fale de dever de obediência<sup>67</sup> exige-se, previamente, que exista a transmissão de uma ordem, a qual irá condicionar o campo de acção de quem a executa, por força de um vínculo, ou sinalagma<sup>68</sup>, denominado dever de obediência, que une quem manda e quem obedece.

Poderíamos ter começado por afirmar que a obediência hierárquica foi concebida, inicialmente, como *uma relação de superioridade e dependência*<sup>69</sup>. No entanto, por força das exigências do primado da lei, ou ainda da *regência da lei*<sup>70</sup>, no âmbito dum Estado de Direito democrático<sup>71</sup>, estabelecem-se limites àquela *relação de superioridade e dependência*. E o primeiro dos limites, ao dever de obediência, pode ocorrer quando o subordinado é confrontado (se der cumprimento

---

<sup>66</sup> Idem, p. 731. Esta definição doutrinal do «dever de obediência» de Marcelo Caetano, parece-nos, face à realidade militar, aquela que melhora se lhe adapta.

<sup>67</sup> Já para AMARAL, Freitas, o «dever de obediência» consiste na *obrigação de o subalterno cumprir as ordens e instruções dos seus legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e sob a forma legal*, in *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit. [56], p. 823.

<sup>68</sup> Dizemos sinalagma no sentido mais amplo deste termo jurídico, que advém da relação estabelecida entre duas partes que fazem parte de um órgão da Administração Pública, no qual estão, também, tipificados poderes e deveres; em concreto o poder de exigir o cumprimento de uma ordem, i. e., o “poder de autoridade” ou de “directão” e o correspondente dever de satisfazer tal ordem, ou “dever de obediência”. E não sinalagma em sentido estrito – tal como foi pensado para o âmbito do Direito Civil - i. e., como *nexo de dependência recíproca entre as duas obrigações, que, para as partes, emergem de um contrato bilateral (...)*, cfr. PRATA, Ana, in *Dicionário Jurídico*, 4.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2005, p. 1131. Não obstante a correspondente analogia.

<sup>69</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, ob. cit. [52], p. 27.

<sup>70</sup> (...) *Regência da Lei, para usar uma recente feliz tradução do princípio crucial da liberdade “The Rule of Law”. Esta ideia de “Regência da Lei” é a chave das nossas sociedades livres e democráticas. Reclamamos e usufruímos da protecção da lei contra a vontade arbitrária dos poderosos, sejam eles um só, alguns, ou a maioria reunida em colectivo. Os gregos chamaram a este ideal “isonomia”, ou igualdade perante a lei. (...)*, cfr. ESPADA, João Carlos - Cimeira das Democracias em Lisboa, *Jornal Público* (24MAR2014), p. 45.

<sup>71</sup> Sobre o conceito de Estado de Direito democrático diremos que (...) *tal como só existe um Estado de Direito “democrático”, também só existe um Estado democrático de “direito”, ou seja, submetido às competentes regras jurídicas. Isto quer dizer, desde logo, e acima de tudo, Estado democrático “constitucional”, pois a Constituição é, directamente, a lei que rege a organização e o exercício do poder político. Estado de Direito democrático, sob este ponto de vista, significa, pois, à partida, que o poder se exerce “nos termos da Constituição”, que a democracia assenta na “juridicidade constitucional (...)*, cfr. CANOTILHO, Gomes J. J. e MOREIRA, Vital, in *CRP Anotada Artigos 1.º a 107.º*, volume I, 4.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 207.

à ordem do seu legítimo superior hierárquico) com a possibilidade de tal ordem se consubstanciar na prática de um facto típico penal.

E se atrás já havíamos abordado a importância do primado da lei no que respeita ao cumprimento de ordens, tal primado é bem evidente (e demonstrativo de que Portugal é um Estado de Direito democrático) quando o nosso ordenamento jurídico positivo consagra uma norma com o teor:

*- O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime*<sup>72</sup>.

É sobre a matéria do dever de obediência, em concreto, nas variantes da obediência a ordens formalmente legítimas, da obediência a ordens materialmente legítimas e da obediência a ordens ilegítimas obrigatórias, que nos propomos abordar seguidamente.

### **1.2.2. Da obediência a ordens formalmente legítimas**

Indo ao encontro do conceito de obediência que atrás enunciámos<sup>73</sup>, conclui-se que só é devida obediência relativamente a ordens que:

- Tenham sido *emanadas de legítimo superior hierárquico, isto é, de agente regularmente investido num cargo superior da mesma hierarquia do serviço de que faz parte aquele que as recebe*<sup>74</sup>. O que equivale a dizer, que tem de existir uma *relação de subordinação*<sup>75</sup> entre aquelas duas pessoas;

- Tenham sido proferidas em *objecto de serviço, o que exclui a subordinação (...) nas matérias estranhas ao interesse público*<sup>76</sup>, ou à razão de ser da existência

---

<sup>72</sup> Referimo-nos ao n.º 2 do art.º 36.º do CP, *leg. cit.* [45], ora transcrito.

<sup>73</sup> Conceito ao qual correspondem as notas infra [66 a 68].

<sup>74</sup> *Cfr.* CAETANO, Marcelo, *ob. cit.* [55], volume II, p. 731.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> *Ibidem.*



daquele serviço ou organismo<sup>77</sup> ou, ainda, à razão de ser da existência daquele vínculo hierárquico. Daí que, *deve o superior ser competente em relação ao facto ordenado*; isto é, *só no «domínio» das suas atribuições é que as suas ordens obrigam, e além do superior, também o inferior deve ser competente para a prática do facto ordenado*<sup>78</sup>. É também por esta razão que se diz que o dever de obediência é um dever de importância acrescida dentro da instituição castrense, visto que tal dever *só existe quando entre o superior e o subordinado exista uma «relação de subordinação» juridicamente reconhecida, que habilite aquele a dirigir os comandos que para este possam ser de cumprimento obrigatório. Esta relação de subordinação é normalmente associada à «hierarquia administrativa», que confere ao superior hierárquico um poder de direcção sobre o subordinado, pelo qual, verificadas que sejam determinadas condições legalmente impostas, este se encontra obrigado a dar cumprimento às ordens que aquele lhe transmita*<sup>79</sup>.

- E respeitem a forma legal, pelo que se a lei preceituar que a ordem seja dada por escrito, não é devida a obediência à ordem verbal<sup>80</sup>.

Diremos que todos os requisitos formais anteriormente elencados, deverão ser cumulativos, com a seguinte ressalva, ou excepção: nada exigindo a lei quanto à forma escrita, esta poderá ser dispensável. No entanto, sublinhe-se, já os dois primeiros requisitos, esses jamais poderão ser dispensáveis ou ultrapassados.

Estamos cientes que estas exigências de âmbito formal, por um lado, se prendem não só com os mais elementares princípios pelos quais se deve orientar toda a Administração Pública – designadamente o princípio da legalidade, da igualdade e, ainda, da justiça e da imparcialidade - bem como se relacionam estas exigências

---

<sup>77</sup> A este respeito: (...) entre as características de um cargo moderno está a separação entre o cargo e o seu detentor; o cargo não é propriedade privada; o detentor do cargo é um funcionário assalariado sujeito à disciplina da hierarquia dentro da qual se encontra inserido; os cargos são definidos em termos funcionais; a detenção de um cargo baseia-se na competência técnica (...), cfr. FUKUYAMA, Francis - As Origens da Ordem Política, Jornal Diário de Notícias, Suplemento Qi (ano 1, n.º 36), (12MAI2012), p. 8. (sublinhado nosso).

<sup>78</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 35.

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> Cfr. CAETANO, Marcelo, *ob. cit.* [55], volume II, p. 732.

com os princípios privativos da *Carta Ética da Administração Pública*<sup>81</sup> aplicável a todos os servidores do Estado. Por outro lado, cremos que as exigências de âmbito formal de uma ordem, também se destinam a proteger o seu executor. E neste último caso, *sempre que se verifique que a formalidade se destina a proteger a esfera jurídica da pessoa sobre a qual recai a conduta de execução, deverá essa formalidade ser considerada como pressuposto indispensável para a formação do dever de obediência e em consequência para a justificação do facto ordenado*<sup>82</sup>.

Não se levando em consideração os aspectos formais da ordem (entendidos como pressupostos indispensáveis para a formação do dever de obediência) com maior dificuldade se entenderia o *direito de queixa* do lado do subordinado. *Direito de queixa*<sup>83</sup> que tem em vista defender não só os direitos, liberdades e garantias dos subordinados que sejam objecto de abuso de autoridade da parte dos seus superiores, bem como contribui para uma melhor percepção dos próprios superiores, no sentido de estes interiorizarem que a sua actuação terá de ser uma actuação conforme e vinculada à lei.

---

<sup>81</sup> A Carta Ética é como que a «magna Carta» para todos os servidores do Estado. Aí se consagram princípios genéricos de actuação a que se vincularam os funcionários públicos (...). Carta Ética que prevê, designadamente, o: princípio da lealdade (os funcionários, no exercício da sua actividade, devem agir de forma leal, solidária e cooperante), princípio da integridade (os funcionários regem-se segundo critérios de honestidade pessoal e de integridade de carácter) e o princípio da competência e responsabilidade (os funcionários agem de forma responsável e competente, dedicada e crítica (...), cfr. FONTES, José, in *Tratado Elementar sobre as Garantias dos Particulares*, Edições Caminho, 2006, p. 75.

<sup>82</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 37 (sublinhado nosso).

<sup>83</sup> Acerca do direito de queixa, vide art.º 85.º do RDM, *leg. cit.* [17], que prevê:

**Artigo 85.º**

**Queixa**

1. Ao militar assiste o direito de queixa contra superior quando por este for praticado qualquer acto que configure violação de um dever militar e do qual resulte para o inferior lesão dos seus direitos.
  2. A queixa é singular, feita no prazo de cinco dias sobre o facto que a determinou por escrito e dirigida pelas vias competentes ao superior hierárquico do militar de quem se faz a queixa.
  3. A queixa não carece de autorização, devendo, porém, ser antecedida de comunicação ao superior objecto da mesma.
- (...)

### **1.2.3. Da obediência a ordens materialmente legítimas**

Relativamente à legitimidade de uma ordem, torna-se forçoso abordar (logo em primeiro lugar) o que prevê a Lei Fundamental nesta matéria:

*- Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime – cfr. n.º 3, do art.º 271.º da CRP.*

E porque esta importante norma constitucional faz referência à prática de um facto típico, dispõe o CP português a este respeito:

*- O dever de obediência cessa quando conduzir à prática de um crime – cfr. n.º 2 do art.º 36.º do CP;*

E ainda:

*- Não é ilícito o facto praticado no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima de autoridade - cfr. alínea c) do n.º 2 do art.º 31.º do CP.*

Perante as normas anteriormente evidenciadas conclui-se que, para que uma ordem venha a ser justificada pela ordem jurídica, a mesma deve ser (em si mesma) legítima. Ou, dito de outro modo, se a ordem for ilegítima cessa o dever de obediência. E se o subordinado der *execução à conduta ordenada actuará ilicitamente, pois falta o pressuposto fundamental da justificação, a legitimidade da ordem*<sup>84</sup>.

Em face do exposto se conclui, inequivocamente, que deverá qualquer ordem respeitar as exigências da ordem jurídica considerada no seu todo (a começar pela Lei Fundamental). Esta é opinião da doutrina dominante. Isto porque *a ordem deve ser intrinsecamente legítima para que cumprida valha como causa de justificação. (...) Se a ordem não é legítima o seu cumprimento não constitui causa de justificação, donde há-de resultar, necessariamente, que aquele que recebe a ordem há-de ter o poder de sindicar a sua legitimidade. Este princípio é o único conforme*

---

<sup>84</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 22.

*aos princípios democráticos. É que o dever de obediência nos Estados democráticos só se justifica na medida em que a ordem corresponda à efectiva vontade da lei legítima e porque nestes sistemas se exalta o sentido da auto-responsabilidade*<sup>85</sup>. Ainda neste sentido, e segundo o direito constitucional e o direito penal português vigentes, *uma ordem da autoridade ou de serviço que conduza à realização de um facto criminalmente ilícito não constitui nunca, em si e por si mesma, uma causa justificativa daquele*<sup>86</sup>.

Sendo legítima a ordem dada pelo superior (isto quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista material) então ao inferior não resta outra alternativa que não seja cumprir tal comando.

No entanto, a legitimidade material (ou substancial) de uma ordem funciona, ainda, em estreita conexão com o *acto decisório do superior, ínsito na ordem transmitida ao subordinado*<sup>87</sup>. Assim, aquando do momento do cumprimento daquele *acto decisório* (e reportando-nos aos instantes subsequentes à decisão de mandar), existem dois pontos de vista fundamentais que são empregues para aferir (*a posteriori*) a postura, ou comportamento, do subordinado que há-de cumprir tal ordem. Estes são dois pontos de vista normalmente utilizados para afastar a exclusão da ilicitude. No caso:

- Do ponto de visto objectivo: teremos que aferir se aquele subordinado tinha pleno conhecimento que existia uma manifesta ilegalidade da ordem; isto é, se ele sabia (ou conhecia) que estava perante uma ordem materialmente ilegítima. Ainda neste ponto de vista, devemos aferir se tal facto conhecimento era também evidente para qualquer funcionário médio e com a mesma categoria do agente, uma vez colocado na sua posição;

---

<sup>85</sup> Idem, p. 39, citando SILVA, Marques da. Sublinhado nosso.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 39, citando DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], no caso 18.º Cap., §10.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 46.

- Do ponto de vista subjectivo: a ilegitimidade (ou não) da ordem deve ser aferida tendo em consideração as circunstâncias conhecidas pelo subordinado. Aqui, faz-se apelo ao conhecimento detido pelo subordinado no momento em que recebeu a ordem.

E é assim porque se parte *do princípio de que o cumprimento da ordem exclui a ilicitude. Essa é a regra. (...) Só não há justificação se o subordinado sabia que a ordem era ilegítima; se qualquer funcionário poderia sem mais, sem qualquer dificuldade, aperceber-se da ilegitimidade da ordem; ou por último, se, a partir dos conhecimentos de que dispunha, o próprio subordinado poderia ter facilmente concluído que a ordem era ilegítima*<sup>88</sup>.

Mas será que os pontos de vista atrás enunciados são aplicados, de modo automático, a todo o tipo de subordinados?

Não haverão subordinados, dentro da Administração Pública, no seu sentido mais lato, que mereçam uma análise diferença?

Estamos cientes que sim. Por um lado, porque essa é também a posição da doutrina e da jurisprudência e, por outro lado, porque a realidade onde decorre a actuação dos agentes militares é substancialmente diversa se a compararmos com o circunstancialismo de actuação do comum dos cidadãos (e que exige, inclusivamente, a existência de normas especiais que regulam a respectiva actividade, tal como referimos no § 1.1.). Se não existir uma análise diferenciada é essencial que se leve, então, em consideração esta especificidade.

Se a legitimidade material (ou substancial) de uma ordem está ligada ao acto decisório do superior, estando em regra justificada a execução de uma ordem quando o subordinado actua no cumprimento de um dever legal (e de um modo acrescido quando é o próprio ordenamento jurídico a estabelecer a obrigatoriedade

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 240. Sublinhado nosso.

do cumprimento das ordens<sup>89</sup>) não deixam, no entanto, de existirem limites a essa justificação. Limites esses não só em face dos pontos de vista atrás evidenciados mas, sobretudo, porque aquilo que também pode estar *em aberto é uma causa de exclusão da culpa do subordinado*<sup>90</sup>. Designadamente, quando o que está em questão é o cumprimento de ordens ilegítimas obrigatórias. É o que nos propomos seguidamente abordar.

#### 1.2.4. Da obediência a ordens ilegítimas obrigatórias

De facto, quer a exclusão da ilicitude prevista na alínea c) do n.º 2 do art.º 31.º do CP (*não é ilícito o facto praticado (...) no cumprimento de (...) ordem legítima da autoridade*), quer a exclusão da culpa contemplada no art.º 37.º do CP (*age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas*), ambas resultantes do cumprimento do dever de obediência, podem estar directamente conexas com o cumprimento de ordens ilegítimas obrigatórias.

A questão que aqui se coloca é: em que circunstância é que uma ordem ilegítima se torna obrigatória?

Na verdade, *se só o ordenamento positivo pode determinar quais as condições necessárias para que uma ordem seja legítima, também só o próprio ordenamento pode decidir se e em que circunstâncias uma ordem ilegítima pode ser de cumprimento obrigatório. Nenhuma construção doutrinal ou jurisprudencial pode aqui substituir-se ao direito positivo*<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> No caso o ordenamento jurídico militar, *ex vi* art.º 4.º do RDM, *leg. cit.* [17 e 18] e art.º 12.º do EMFAR, *leg. cit.* [29] e teor nota *infra* [50]

<sup>90</sup> *Cfr.* DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], p. 501.

<sup>91</sup> *Cfr.* BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 241.

Ou colocando a questão de uma outra forma, *devem existir ordens contrárias ao direito e obrigatórias*<sup>92</sup>?

A resposta a estas questões, no caso da instituição castrense, tem de passar, forçosamente, pela análise do correspondente dever de obediência e saber se este dever<sup>93</sup> se sobrepõe, ou não, à globalidade do direito positivo que estabelece: em regra<sup>94</sup>, nunca se dá cumprimento a uma ordem ilegítima.

O direito existe para regular a vida em sociedade e, no caso da sociedade militar, (microcosmos onde o emprego e uso da força é uma realidade sempre latente) se é a própria ordem jurídica a impor o dever de obediência a determinadas ordens ilegítimas, *não pode senão reconhecer-se que tais ordens têm eficácia justificante*<sup>95</sup>, ainda que *estejamos perante ordens ilegítimas que determinem a prática de infracções pouco significativas*<sup>96</sup>, ou então *das quais resulte uma violação leve, não qualificada, de interesses juridicamente protegidos*<sup>97</sup>. A este respeito é opinião da doutrina que *o dever de obediência a ordens ilegais, é na verdade, uma excepção ao “princípio da legalidade”, mas é uma excepção que é legitimada pela própria Constituição*<sup>98</sup>. Ainda neste sentido, *as leis ordinárias que imponham o dever de obediência a ordens ilegais só serão legítimas se, e na medida em que, puderem ser consideradas conformes à Constituição. Ora, esta é claríssima ao exigir a “subordinação dos órgãos e agentes administrativos à lei” – princípio da legalidade (art.º 266.º, n.º 2 da CRP)*<sup>99</sup>. Ainda para esse importante sector da doutrina *isso não significa, porém, que haja uma “especial legalidade interna”: uma ordem ilegal, mesmo quando tenha que ser acatada, é sempre uma ordem ilegal – que responsabiliza, nomeadamente, o seu autor e, eventualmente, também a*

---

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Vide legislação que suporta este dever. No caso: os artigos 4.º e 12.º do RDM, *leg. cit.* [17 e 50], o art.º 4.º da Lei de BGECM, *leg. cit.* [27 e 50] e o art.º 12.º do EMFAR, *leg. cit.* [29 e 50].

<sup>94</sup> Sublinhado face à importância e correlação com o título do § supra.

<sup>95</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 242.

<sup>96</sup> Idem, p. 243

<sup>97</sup> Ibidem, p. 244.

<sup>98</sup> Cfr. AMARAL, Freitas, *in ob. cit.* [56], p. 830.

<sup>99</sup> Idem.

*própria Administração. Não nos parece que faça sentido admitir, num Estado de Direito, a figura de uma “zona de legalidade especial constituída por todas as ordens ilegais dadas pelos superiores hierárquicos a que seja devida obediência”.*<sup>100</sup>

Saber até onde vai a ilegitimidade destas ordens e, sobretudo, obter-se resposta à seguinte questão é o que se torna essencial; isto é:

- *Poderá sequer admitir-se a dúvida sobre se os subalternos devem cumprir ordens ilegais ou devem negar-se a acatá-las, respeitando a lei?*<sup>101</sup>

A obtenção desta resposta passa, forçosamente, pela auscultação das correntes doutrinárias que nesta matéria abundantemente existem, designadamente:

- *A corrente hierárquica*, - para a qual *existe sempre dever de obediência, não assistindo ao subalterno o direito de interpretar ou questionar a legalidade das determinações do superior*<sup>102</sup>. A este respeito e levando em consideração a posição dos subordinados, *se estes pudessem sobrepor o seu critério ao dos superiores, discutir as ordens recebidas e executá-las ou não, segundo a interpretação que dessem à lei, seria destruída a ordem hierárquica*<sup>103</sup>. Situação inimaginável, diremos nós, dentro duma estrutura fortemente hierarquizada como são as FFAA.

- *Passando pela corrente legalista* - para a qual *não existe dever de obediência em relação a ordens julgadas ilegais*<sup>104</sup>. E dentro da *corrente legalista* temos a opinião *mais restritiva*, para a qual o dever de obediência *cessa apenas se a ordem implicar a prática de um acto criminoso*<sup>105</sup>; num outro patamar temos a opinião *intermédia*, para a qual o dever de obediência *cessa se a ordem for patente e inequivocamente ilegal, por ser contrária à letra e ao espírito da lei*<sup>106</sup>; e

---

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 826.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 824.

<sup>103</sup> Cfr. CAETANO, Marcelo, *in ob. cit.* [55], volume II, p. 732.

<sup>104</sup> Cfr. AMARAL, Freitas, *ob. cit.* [56], p. 825.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> Ibidem.



finalmente, a *opinião ampliativa* para a qual *não é devida obediência à ordem ilegal, seja qual for o motivo da ilegalidade: acima do superior está a lei, e entre o cumprimento da ordem e o cumprimento da lei o subalterno deve optar pelo respeito à segunda*<sup>107</sup>.

- Já outras posições doutrinárias (que nos parecem serem mais realistas, ou pragmáticas) consideram que o dever de obediência é um dever essencial para o regular funcionamento da Administração e que, nos caso dos militares<sup>108</sup>, os respectivos elementos *estão legalmente obrigados a obedecer às ordens que lhes sejam dirigidas desde que observadas três condições: que a ordem seja dada pelo legítimo superior hierárquico, com a forma legal e em matéria de serviço (...)*<sup>109</sup>.

E uma vez que face às diferentes normas que impõem o dever de obediência, tais disposições legais não estabelecem como pressuposto do dever de obediência a legalidade substancial do acto ordenado<sup>110</sup> (...), mas apenas exigem que o facto ordenado não se consubstancie na prática de crimes (podendo então coexistir ordens ilegais mas que não se materializem em factos típicos) nestes termos, a generalidade da doutrina tem considerado que vale entre nós o princípio geral de que a “ilegalidade do comando hierárquico não exclui o dever de obediência”<sup>111</sup>. Ou seja, parece-nos que a lei portuguesa - atendendo em especial ao critério hierárquico e ao critério legalista - consagrou um critério misto, com prevalência do critério hierárquico temperado pela corrente legalista.

Assim, e no seguimento da última posição atrás evidenciada, a mera representação da ilegalidade perante o superior não condiciona o dever de

---

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Bem como em outros sectores da actividade do Estado, cujo modelo funcional-organizativo seja de pendor mais hierarquizado, v. g. GNR e PSP (por esta ordem, face à condição de militar para os primeiros, nos termos do art.º 16.º da BGECM, *leg. cit.* [27]).

<sup>109</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 265.

<sup>110</sup> Idem.

A este respeito e no que toca às FFAA *vide* corpo de texto e correspondentes normas, designadamente: o n.º 1 *in fine* do art.º 12.º do RDM, *leg. cit.* [33] e, ainda, o n.º 2 do art.º 4.º da Lei de BGECM *leg. cit.* [50] e o art.º 12.º do EMFAR *leg. cit.* [50].

<sup>111</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 265. Sublinhado e *bold* nosso.

obediência: este existe quer o inferior exerça a “remonstratio”, quer não. Nos termos do art.º 271.º - 2 da CRP (...) o exercício da respeitosa representação é pressuposto da exclusão da responsabilidade civil e disciplinar do subordinado que cumpre uma ordem ilegal, mas não contende com a sua obrigatoriedade<sup>112</sup>. Posição com a qual humildemente concordamos, reforçando ainda, nesta sede, que aqui estamos perante um preceito constitucional e não uma norma ordinária.

Logo, tendo a lei estabelecido o princípio de que a ilegalidade intrínseca da ordem não prejudica o dever de obediência, em regra deverão considerar-se de cumprimento obrigatório as ordens que impliquem a prática de ilícitos civis, disciplinares, contra-ordenacionais e outros<sup>113</sup>.

Em face do exposto, entendemos que também só assim se compreende e alcança o teor do n.º 2 do art.º 124 do Código de Procedimento Administrativo (CPA), respeitante ao não dever de fundamentação das ordens por parte dos superiores, dando esta norma<sup>114</sup> (em conjunto com o n.º 3 do art.º 271.º da CRP e o n.º 2 do art.º 36.º do CP, já atrás referidos<sup>115</sup>) um importante contributo para o princípio da plenitude<sup>116</sup> da ordem jurídica.

Em nossa modesta opinião, é esta a posição que melhor se adequa à realidade vivida dentro da instituição castrense, indo assim ao encontro de conceitos associados do cumprimento de ordens, como é o caso do dever de obediência hierárquica e da importância da disciplina militar - e correspondentes valores que os mesmos pretendem salvaguardar. Conceitos e valores tão relevantes para as FFAA

---

<sup>112</sup> Ibidem, pp. 265 e 266. Sublinhado nosso.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 266. Sublinhado nosso.

<sup>114</sup> N.º 2 do art.º 124.º do CPA, seguidamente transcrito (com sublinhado nosso), que estabelece:

**Artigo 124.º**  
**(Dever de fundamentação)**

(...)

2. – Salvo disposição da lei em contrário, não carecem de ser fundamentados os actos de homologação de deliberações tomadas por júris, bem como as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos em matéria de serviço e com a forma legal.

<sup>115</sup> Vide início do § 1.2.3. deste trabalho.

<sup>116</sup> Princípio da plenitude da ordem jurídica, ou ideal jurídico, entendido como princípio de que o Direito tem resposta para todas as questões da vida prática que surjam.

que, se postos em causa por desobediência a normas ilegítimas (mas obrigatórias) poderão no limite, contribuir para a perda de vidas humanas – estamos-nos a referir à actuação das FFAA não só em tempo de guerra, ou noutras situações de conflito armado, mas também em tempo de paz, pois o uso de equipamentos de defesa por parte das FFAA verifica-se a todo o tempo.

Uma coisa é certa, quando existem ordens que se consubstanciem na prática de crimes, estamos perante um *limite intransponível do dever de obediência*<sup>117</sup>. Neste sentido, *a proibição de obediência a ordens que conduzam à prática de crimes constitui, assim, uma expressão da intenção de não permitir que seja executado como legítimo um facto que represente uma violação séria do ordenamento jurídico (...)* <sup>118</sup> e, por isso, (...) *deve ser louvada a consagração do princípio da cessação do dever de obediência quando da ordem resulte a prática de um crime. Em si mesmo, esse princípio é inatacável*<sup>119</sup>. Mas ainda assim ressalta-nos uma outra questão:

- Tendo o subordinado actuado com intenção de dar cumprimento ao dever de obediência que sobre si recai e, neste seguimento, tiver cometido um facto típico, mas a ilicitude do facto não lhe for manifesta tendo em conta as circunstâncias por si conhecidas, ainda assim deverá o mesmo ser responsabilizado? É o que nos propomos seguidamente analisar.

#### **1.2.4.1. A obediência indevida desculpante face ao cumprimento de ordens militares**

Hoje é pacífica a opinião na doutrina de que não seria justo da parte do Estado que este exija dos elementos das suas FFAA uma obediência pronta e completa<sup>120</sup> às

---

<sup>117</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 243.

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> A este respeito, *vide* art.º 275.º da CRP, art.º 12.º RDM *leg. cit.* [17], art.º 12.º do EMFAR *leg. cit.* [29] e art.º 25.º da LDN *leg. cit.* [16], todos seguidamente transcritos (sublinhado nosso):

**Artigo 275.º**  
**(Forças Armadas)**

(...)

3. As Forças Armadas obedecem aos órgãos de soberania competentes nos termos da Constituição e da lei.

ordens que lhes são transmitidas e, depois, os fosse abandonar à sua sorte, expondo-os às agruras da justiça penal, se se concluir que afinal a ordem não era de obediência devida por contrariar a lei penal<sup>121</sup>.

Como sabemos, por imposição constitucional e legal<sup>122</sup>, relativamente às ordens que se consubstanciam na prática de factos típicos não é devido o correspondente dever de obediência, ficando assim *defendidos, até ao limite possível, «os direitos e liberdades das pessoas» que sejam objecto, directo ou indirecto, de ordens oficiais ou de serviço*<sup>123</sup>. Ainda neste seguimento é, igualmente, dever do Estado cuidar também da «eficiência dos serviços» que lhe incumbe prestar; e esta ficará severamente posta em causa se o subordinado hierárquico que recebe a ordem estiver sempre, ao cumpri-la, com “um pé na prisão”, em virtude de poder não ter tido consciência da real ilegitimidade da ordem recebida ou de que, de todo o modo, não devia cumpri-la<sup>124</sup>. Em face do exposto como poderão ultrapassar esta dificuldade todos aqueles que estão nesta contingência, visto que, muitas vezes estão inseridos numa estrutura fortemente hierarquizada - como é o caso dos militares?

---

(...)

**Artigo 12.º**  
**(Dever de obediência)**

(...)

2 — Em cumprimento do dever de obediência incumbe ao militar, designadamente:

a) Cumprir completa e prontamente as ordens e instruções dos seus superiores hierárquicos em matéria de serviço;

(...)

**Artigo 12.º**  
**(Dever de obediência)**

O dever de obediência decorre do disposto nas leis e regulamentos militares e traduz-se no integral e pronto cumprimento das suas normas, bem como das determinações, ordens e instruções dimanadas de superior hierárquico proferidas em matéria de serviço desde que o respectivo cumprimento não implique a prática de crime.

**Artigo 25.º**  
**(Condição militar)**

Os membros das Forças Armadas servem, exclusivamente, a República e a comunidade nacional e assumem voluntariamente os direitos e deveres que integram a condição militar, nos termos da lei.

<sup>121</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 315.

<sup>122</sup> Cfr. normas já anteriormente referidas e transcritas no corpo deste trabalho, vide início § 1.2.3.

<sup>123</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], p. 646.

<sup>124</sup> *Idem.*

Para além de toda a discussão dogmática relativamente à direcção para onde possa apontar qualquer interpretação do art.º 37.º (*obediência indevida desculpante*) do CP, designadamente se estamos, ou não, perante um eventual domínio do erro – v.g. que o militar tenha incorrido aquando do recebimento da ordem – é nosso entendimento que, na letra e no espírito do art.º 37.º do CP, aquilo que o legislador pretendeu foi *introduzir um regime especial relativamente ao que resultaria do disposto no art.º 17.º. Do que se trata pois é, último termo, de uma regulamentação especial do problema da falta de consciência do ilícito do subordinado que recebeu e cumpriu a ordem*<sup>125</sup>.

E se quer o art.º 17.º, quer o art.º 37.º, ambos do CP<sup>126</sup>, retiram o carácter culposo à actuação do agente, então inerente a um qualquer juízo de censurabilidade que ambas as normas impõem que seja realizado, resta saber qual é a dimensão desse juízo, isto relativamente à actuação do agente militar cumpridor.

Estamos cientes que, se o legislador desenhou o artigo 37.º tal como ele se encontra, fê-lo porque sabia que tinha consagrado antes (perdoe-se-nos a evidência *de la Palisse*), em termos de interpretação e sistematização<sup>127</sup> da lei, a actuação ao abrigo do art.º 17.º. E assim quis estabelecer um regime diferenciado, para aplicar a

---

<sup>125</sup> Ibidem, 647.

<sup>126</sup> Art.º 17.º e art.º 37.º do CP *leg. cit.* [45], que seguidamente se transcrevem (sublinhado nosso):

**Artigo 17.º**

**(Erro sobre a ilicitude)**

1. Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se erro lhe não for censurável.
2. Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada.

**Artigo 37.º**

**(Obediência indevida desculpante)**

Age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas.

<sup>127</sup> A este respeito trazemos à colação o teor do n.º 3 do art.º 9.º do Código Civil, norma que faz parte de um artigo de importância acrescida, porque aplicável a todos os ramos do Direito, pois não contém só normas de Direito Civil, mas verdadeiros princípios gerais do Direito. Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, in *Sumários de Introdução ao Direito*, 2.ª edição revista, ed. Principia, Publicações Universitárias e Científicas, Lisboa, 2000, p. 86.

**Artigo 9.º**

**(Interpretação da lei)**

(...)

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

situações diferenciadas. Daí também o uso de diferentes expressões (ou segmentos normativos) na redacção das duas normas em questão, isto no que toca à exigência da qualidade do agente (*quem* “versus” *funcionário*). E se este não é um factor decisivo é-o, pelo menos, delimitativo. Delimitação que, em nossa opinião, vai ao encontro daquilo que é a diferenciação estabelecida para um regime geral (do tal *quem*, previsto no art.º 17.º do CP) e o previsto para um outro regime que se entende por específico (ou especial), atendendo à outra realidade que pretende salvaguardar (do tal *funcionário*, previsto no art.º 37.º do CP). É verdade que se tratam de duas normas dum mesmo diploma legal e inseridas na mesma parte geral; mas ainda assim, não terão elas em vista regular realidades, senão diferentes, pelos menos distintas? Parece-nos bem que sim. Na verdade *a norma especial consagra um regime que, não se encontrando em oposição ao regime geral, tem, em relação a este, certas particularidades, conformes com o sector específico de relações a que se aplica*<sup>128</sup>.

Logo, e em decorrência, para nós deve haver uma clara aplicação (e interpretação) do critério da especialidade do ar.º 37.º do CP relativamente ao art.º 17.º do mesmo diploma legal, quando aplicável ao universo militar. Razão porque também concordamos que *o âmbito da censura definido pelo artigo 37.º é menos apertado, daí resultando uma maior amplitude da exclusão da culpa*<sup>129</sup>.

Ainda relativamente ao critério da censurabilidade que subjaz à aplicação do art.º 37.º do CP, entendemos que ao mesmo é inerente a existência (da parte do agente) de uma *consciência ético-jurídica, fundada em uma atitude de fidelidade ou correspondência a exigências (...) eticamente relevantes*<sup>130</sup> a qual - no caso concreto dos elementos que compõem FFAA - está, em nossa modesta opinião, também directamente relacionada com o ambiente onde decorre o cumprimento das ordens e a execução do dever de obediência (seja ele em tempo de paz ou, com maior acuidade, em tempo de guerra ou conflito armado).

---

<sup>128</sup> Cfr. PRATA, Ana, *ob. cit.* [68], p. 793.

<sup>129</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], citando a posição de Figueiredo Dias, p. 302.

<sup>130</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], p. 649.

Tal *atitude de fidelidade* tem uma estreita ligação com a necessidade de assegurar a rapidez na execução das decisões do aparelho estadual, pois se aos militares e aos funcionários de execução fosse imposto o risco decorrente das regras gerais, a execução dos actos estaduais seria afectada pelos eventuais esclarecimentos acerca da qualificação do facto ordenado que os funcionários estariam legitimados a realizar.<sup>131</sup> Situação que, a acontecer, nos parece impraticável dentro das FFAA.

Reforçamos que a *necessidade de assegurar a rapidez na execução das decisões*, acontece não só em tempo de guerra ou de conflito armado, mas também em tempo de paz. É o caso - entre múltiplos outros exemplos - de no decurso de uma missão operacional, ao piloto um avião de caça militar ser ordenado (superiormente) que intercepte e abata uma aeronave suspeita (ou que sobre a mesma recaiam fundadas suspeitas) que se dirige para a prática de um atentado terrorista. Momentos em que a decisão do cumprimento da ordem é tomada em minutos ou segundos (ou mesmo fracções destes). E aqui o tempo, eventualmente necessário para a apreensão de *esclarecimentos*, pode vir a revelar-se fatal, tudo em razão duma *rapidez na execução*. Argumento que vem reforçar a nossa ideia da especialidade do art.º 37.º do CP. Razão porque ao militar e ao *subordinado* é, *assim, concedida uma maior margem de erro*<sup>132</sup>, ou maior latitude na exclusão da culpa. Esta é, também, a opinião da doutrina estrangeira quando refere:

- Quando a consciência da ilicitude da conduta só possa ser adquirida através de esforços extremos, apesar da existência de uma culpa diminuta, o facto de esses esforços não serem exigíveis determina a exclusão da responsabilidade penal do agente<sup>133</sup>. Posição adoptada pela doutrina alemã, na interpretação de várias normas

---

<sup>131</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], citando Jacobs, p. 290.

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> Ibidem, citando Roxin, p. 291.

da sua legislação como o § 5, I, da WStG, o § 11, II, da SoldG e o § 7, II, da UZwG cuja redacção é praticamente igual à do art.º 37.º do CP português<sup>134</sup>.

Porque o nosso artigo 37.º do CP se identifica com o § 5 da Lei Penal Militar alemã (e porque está directamente relacionado com a temática deste trabalho) seguidamente se transcreve o teor daquela norma germânica:

*- Se um subordinado cometer, por força de uma ordem, um facto ilícito que preenche o tipo de uma lei penal só tem culpa quando ele se apercebe de que se trata de um facto ilícito ou tal é evidente segundo as circunstâncias por ele conhecidas*<sup>135</sup>.

Para nós, ainda no que tange à interpretação do art.º 37.º do CP, entendemos ser feliz (e muito esclarecedora) a posição de Maia Gonçalves no CP português anotado, quando esclarece que a referida evidência (reportada à posição do agente militar, no nosso caso) para ser apta a afastar a respectiva culpa, exige o preenchimento de uma *nota subjectiva e uma nota objectiva*. *A nota subjectiva é dada pela exigência de que o próprio agente represente o quadro das circunstâncias; a objectiva é dada pela necessidade de a evidência resultar para o homem médio, face às circunstâncias representadas pelo agente. Será assim uma evidência para o homem médio, colocado perante as circunstâncias que o agente representou*<sup>136</sup>.

Neste sentido, diremos que o art.º 37.º do CP concede que a culpa do agente subordinado – que comete um facto típico em cumprimento de determinada ordem e no respeito pelo dever de obediência - venha a ser excluída quando, de facto, se

---

<sup>134</sup> De acordo com estes preceitos, só actua com culpa o funcionário que comete um facto ilícito que preenche o tipo de uma lei penal quando saiba que a ordem implica a prática de um facto ilícito ou quando tal seja evidente segundo as circunstâncias por ele conhecidas, cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 289, relativamente a esta legislação germânica. Sublinhado nosso.

<sup>135</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], p. 645.

<sup>136</sup> Cfr. GONÇALVES, M. Maia, em anotação ao artigo 37.º, in *Código Penal português, anotado e comentado e legislação complementar*, 12.ª edição, Almedina Coimbra, 1998, p. 174.



verifique que *as circunstâncias representadas pelo agente não correspondam àquelas que se verificaram efectivamente*<sup>137</sup>.

Esta exigência, quanto às circunstâncias representadas pelo agente – e que vão ao encontro da *nota subjectiva* anteriormente referida – vai-nos permitir concluir que o art.º 37.º do CP *se dirige a situações em que o agente não representa a factualidade que forma a ilicitude e não está, por isso, sequer em condições para poder avaliar a ilicitude do facto que comete*<sup>138</sup>. Daí a necessidade da tal *nota objectiva* que nos vai permitir aquilatar se, de facto, um militar médio, uma vez colocado perante as circunstâncias que agente actuou, teria tido o mesmo comportamento.

No fundo trata-se de uma avaliação daquilo que era a consciência detida pelo agente (em termos de conhecimento) e que nos vai permitir formular um juízo de censurabilidade, ou não censurabilidade. Tudo porque a ilegitimidade da ordem pode não ter sido para si evidente, face ao quadro das circunstâncias que, ao momento, representou. Diríamos, ter-se-á que realizar um *juízo de prognose póstuma*, ou seja um *juízo de idoneidade referido ao momento em que a acção se realiza (...)* isto é, um *juízo ex ante*<sup>139</sup> reportado ao momento da prática do acto pelo agente militar. Isto para aquilatar o que é que o agente representou na sua consciência quando recebeu a ordem e quando lhe deu efectivo cumprimento. E a este *juízo de prognose póstuma* não pode ser alheio o concreto ambiente onde decorre a realidade vivida pelo agente militar, no caso um ambiente castrense rodeado de princípios especiais e valores, como o sentido do escrupuloso cumprimento das ordens, da obediência hierárquica e do respeito pela disciplina militar<sup>140</sup>. Tratam-se de princípios e valores assumidos (ou interiorizados) pelos

---

<sup>137</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 308.

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> Cfr. GONÇALVES, Maia, *ob. cit.* [136], p. 102.

<sup>140</sup> Vide art.º 2.º e art.º 1.º do RDM, *leg. cit.* [17], seguidamente transcritos – com sublinhado nosso:

**Artigo 2.º**

**Disciplina militar**

*A disciplina militar garante a observância dos valores militares fundamentais, no respeito dos princípios éticos da virtude e da honra inerentes à condição militar.*

militares em razão dos regulamentos e demais legislação em vigor, que sobre eles impende numa estrutura fortemente hierarquizada. Uma vez levados em consideração todos estes princípios, valores e envolvimento do meio onde são assimilados, então *a lei parte do princípio de que nos casos em que a ilegitimidade da ordem não é manifesta a partir do ponto de vista do subordinado, este não sentirá o impulso para se certificar se está verificada a situação de facto que legitimaria a emissão da ordem e por regra confiará na sua legalidade*<sup>141</sup>.

De facto, a eventual falta do referido *impulso certificativo* não pode deixar de estar intimamente ligada ao micro-clima da convivência diária existente nas FFAA. Que em muitas Unidades/Órgãos militares vai para além da prestação de serviço decorrente do dia-a-dia, como é o caso do cumprimento de missões no estrangeiro, ou até da colocação do militar, por razões de serviço, em locais distantes do seu agregado familiar, impondo uma vivência com a família-militar em regime de co-habitação. Estas situações contribuem para formar sentimentos geradores de confiança não só entre os militares do mesmo posto, mas também entre os militares de posto inferior e os de posto superior – ou seja, entre aqueles determinam as ordens e aqueles que as hão-de cumprir. Na verdade, nós militares, *obedecemos porque confiamos. E porque confiamos? A autoridade tem de possuir um capital de confiança. Além da crença na sua própria legitimidade que a autoridade tem de incutir, tem ainda de inspirar confiança na sua capacidade de servir como elemento de mediação*<sup>142</sup>.

Os militares acreditam e depositam confiança em determinados princípios e valores inerentes (e essenciais) à sua profissão – ainda que estranhos à convivência civil. É o caso, designadamente, do espírito de corpo, dos deveres de coesão e

---

**Artigo 1.º**

**Valores militares fundamentais**

*A organização e a actividade das Forças Armadas baseiam-se nos valores militares fundamentais da missão, da hierarquia, da coesão, da disciplina, da segurança e da obediência aos órgãos de soberania competentes nos termos da Constituição e da lei.*

<sup>141</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 319 (sublinhado nosso).

<sup>142</sup> Cfr. MORGADO, Miguel, *in Autoridade*, edição Fundação Francisco Manuel dos Santos, Ensaio da Fundação, Setembro de 2010, p. 111.

permanente disponibilidade, do risco no cumprimento das missões, dos princípios da ética e da honra, aos quais se juntamos o valor da confiança (entre si, como camaradas de armas), chegam ao extremo de colocar a vida de uns nas mãos de outros; característica única das FFAA. A este respeito se pronunciou o Tribunal Constitucional (TC) quando referiu *como notas características da instituição militar avultam, decerto, as seguintes: (...) a subordinação da actividade da instituição* (e, portanto, da actuação individualizada de cada um dos seus membros), não ao princípio geral de direcção e chefia comum à generalidade dos serviços públicos, mas a um peculiar princípio de comando em cadeia, implicando um especial dever de obediência; o uso de armamento (e armamento com características próprias, de utilização vedada aos cidadãos e aos agentes públicos em geral) no exercício da função e como modo próprio desse exercício; o princípio do aquartelamento, ou seja, o agrupamento dos seus agentes em unidades de intervenção ou operacionais dotadas de sede física própria e de um particular esquema de vida interna, unidade a que os respectivos membros ficam em permanência adstritos, com prejuízo, para a generalidade deles, da possibilidade (e do direito) de utilização da residência própria; a obrigatoriedade, para os seus membros, do uso de farda ou uniforme; a sujeição dos mesmos a particulares regras disciplinares e, eventualmente, jurídico-penais<sup>143</sup>.

Se o país reconhece a necessidade de dispor de um corpo social armado, não só para garantir a independência nacional e a integridade do território mas também para, em último recurso, impor o respeito e a observância pelas normas jurídicas em vigor na comunidade via *manu militari*<sup>144</sup>, então também terá de aceitar o especial funcionamento rígido e hierárquico do referido corpo social, que evidencia especificidades próprias no desempenho da sua actividade, designadamente a

---

<sup>143</sup> Cfr. Acórdão (Ac.) do Tribunal Constitucional (TC) n.º 103/87, de 24 de Março (sublinhado nosso), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870103.html>, sítio por nós revisitado pela última vez em 3/7/2014.

<sup>144</sup> A observância da ordem jurídica, ou as sanções correspondentes à sua violação, podem ser impostas pela força, se necessário for, podem mesmo ser impostas «*manu militari*» (pelos recursos às forças armadas), em último termo. Cfr. MACHADO, J. Baptista, in *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina Coimbra, 1985, p. 126.

existência de diferentes categorias, subcategorias e postos<sup>145</sup> entre os seus elementos, aos quais correspondem diferentes poderes e diferenciados deveres. E assim, na relação entre estes elementos das FFAA *obedece-se não apenas no cumprimento de um dever moral, mas porque corresponde aos nossos sentimentos a colaboração com a autoridade*<sup>146</sup> (colaboração esta resultante dum *peculiar princípio de comando em cadeia* que implica o tal *especial dever de obediência*, ambos referidos constantes no Ac. do TC n.º 103/87 atrás mencionado). Além do mais, o sentido de colaboração com a autoridade presente entre as diferentes categorias, subcategorias e postos, é também resultado de uma ligação afectiva que *gera uma proximidade emocional entre o agente e a autoridade, mas que não chega a pôr em causa o carácter hierárquico que constitui a relação entre ambos*<sup>147</sup>. Carácter hierárquico e sentido de colaboração com a autoridade influenciados (abundantemente) pelo *princípio do aquartelamento* atrás citado<sup>148</sup>, também ele gerador da mencionada *proximidade emocional*.

Toda esta realidade contribui, fortemente, para que o militar cuidadoso e ponderado, em regra, dê *cumprimento à ordem que lhe é transmitida sem mais delongas e indagações sempre que não tenha razões para duvidar da sua ilegitimidade em face das circunstâncias que lhe são dadas a conhecer*<sup>149</sup>. Logo, o afastamento ou exclusão da culpa – nos termos do art.º 37.º do CP - advém, tão só, por ser *considerado não censurável o erro sobre a legitimidade da ordem quando*

---

<sup>145</sup> Vide artigos 27.º e 28.º do EMFAR, *leg. cit.* [29], seguidamente transcritos (com sublinhado nosso):

**Artigo 27.º**

***Carreira militar***

*A carreira militar é o conjunto hierarquizado de postos, desenvolvida por categorias, que se concretiza em quadros especiais e a que corresponde o desempenho de cargos e o exercício de funções diferenciadas entre si.*

**Artigo 28.º**

**Categorias, subcategorias e postos**

*1 - Os militares agrupam-se, por ordem decrescente de hierarquia, nas seguintes categorias:*

- a) Oficiais;*
- b) Sargentos;*
- c) Praças.*

<sup>146</sup> Cfr. MORGADO, Miguel, *ob. cit.* [142], p. 112.

<sup>147</sup> Idem.

<sup>148</sup> Referimo-nos ao Ac. do TC n.º 103/87, referido nota infra [143].

<sup>149</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, *ob. cit.* [52], p. 319.

*os factos representados pelo agente não o alertem para a ilicitude penal do facto ordenado e não o demovam de a executar*<sup>150</sup>.

Finalizando esta ideia em torno da interpretação do art.º 37.º do CP, diremos que face à letra e espírito desta norma, uma vez confirmada a inexistência de qualquer juízo de censura sobre a actuação do agente militar, porque na decorrência da ordem que recebeu não era evidente (face ao quadro das circunstâncias por si representadas) o ilícito-tipo por si efectivamente praticado, então deverá existir uma exclusão da sua culpa, ressalvando-se, fundamentadamente, a existência de uma punição especialmente atenuada quando se demonstre que o agente actuou em erro e este lhe for censurável – *cfr.* n.º 2 do art.º 17.º do CP. Este foi, em nosso modesto entendimento, o espírito do legislador ao consagrar o art.º 37.º do CP quando aplicável à realidade castrense.

Com esta interpretação do art.º 37.º do CP queremos evidenciar, essencialmente, a concreta posição do militar subordinado que cumpre as ordens, estas associadas ao correspondente dever de obediência, destacando a importância que as mesmas assumem para hierarquia-disciplina, binómio essencial para a manutenção e eficiência de toda a actividade exercida pelas FFAA.

Não é nosso propósito aqui desculpabilizar (em termos genéricos) o agente militar, até porque sobre ele, para além do dever de obediência hierárquica recai um outro dever também ele de importância acrescida: o dever de obediência e lealdade à lei<sup>151</sup>; sendo a lei um dos limites do poder de autoridade<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> *Idem.*

<sup>151</sup> *Cfr.* n.º 1 do art.º 12.º do RDM, *leg. cit.* [33], art.º 3.º da Lei de BGECEM, *leg. cit.* [27] e n.º 1 do art.º 16.º do RDM, transcrevendo-se seguidamente as duas últimas normas agora evidenciadas (sublinhado nosso):

**Artigo 3.º**

*Os militares assumem o compromisso público de respeitar a Constituição e as demais leis da República e obrigam-se a cumprir os regulamentos e as determinações a que devam respeito, nos termos da lei.*

**Artigo 16.º**

**Dever de lealdade**

*1 — O dever de lealdade consiste em guardar e fazer guardar a Constituição e demais leis e no desempenho de funções em subordinação aos objectivos de serviço na perspectiva da prossecução das missões das Forças Armadas.*

Em face do exposto, sempre que o agente militar *tenha razões para duvidar da ilegitimidade da ordem* sobre ele impende o dever de tomar as cautelas necessárias a fim de se certificar se essa ordem é, ou não, ilegítima penalmente. Este nosso entendimento sobre qual deve ser a postura do agente militar, impõe que ele faça uma avaliação das ordens que lhe são transmitidas, sempre que tenha *razões* para tanto. É isso que nos propomos agora analisar.

---

(...)  
<sup>152</sup> Cfr. art.º 10.º do EMFAR, *leg. cit.* [29], seguidamente transcrito (sublinhado nosso):

**Artigo 10.º**

***Poder de autoridade***

(...)

3 - O exercício do poder de autoridade tem como limites a Constituição e as demais leis da República, as convenções internacionais e as leis e os costumes de guerra.

### 2. O cumprimento de ordens e a necessidade (ou dever) da sua avaliação

*O problema com um criminoso nazi como Eichmann, era que ele insistia em renunciar a todas as características pessoais como se não restasse ninguém para ser punido ou perdoado.*

*- Ele protestou repetidamente contra as afirmações da acusação que nunca fizera nada por sua iniciativa própria, que não tinha quaisquer intenções, boas ou más, que tinha apenas obedecido a ordens.*

*- Este apelo tipicamente nazi torna claro que o maior mal do mundo é o mal cometido por zés-ninguém. O mal cometido pelos homens sem razão, sem convicção, sem corações perversos ou vontades demoníacas, por seres humanos que se recusam a ser pessoas. E foi a este fenómeno que eu chamei a “banalidade do mal”.*

*- Não defendo Eichmann, mas tentei reconciliar a mediocridade chocante de um homem com os seus actos estarrecedores. Desde Sócrates a Platão que, normalmente, chamamos pensamento a estar envolvido num diálogo silencioso consigo mesmo.*

*- Ao recusar ser uma pessoa, Eichmann desistiu completamente da característica que mais define o humano, a de ser capaz de pensar. E, conseqüentemente, deixou de ser capaz de fazer juízos normais. Esta incapacidade de pensar tornou possível que muitos homens comuns cometessem actos maldosos a uma escala gigantesca, como nunca antes vista. E eu espero que o pensamento dê às pessoas a força para prevenir catástrofes nestes raros momentos...críticos<sup>153</sup>.*

---

<sup>153</sup> Cfr. HANNAH ARENDT. [Registo DVD]. Lisboa, German films, distribuído por Alambique, n.º de registo 4177/2013, cópia n.º 704, 1 CD (109 min.), imagem 2.40:1 16x9 LB Cor, som estéreo 2.0. Título de filme (e nome de filósofa) interpretado, no principal papel, por Barbara Sukowa, sendo realizado por Margarethe von Trotta. Este filme aborda a temática do julgamento do oficial nazi Adolf Eichmann e ajuda-nos a reencontrar, não apenas uma brilhante pensadora, mas também o núcleo da história da Europa no séc. XX — in Diário de Notícias (6 Outubro de 2013). Deste filme fazem parte excertos verídicos (ao tempo filmados) do referido julgamento em Jerusalém. À data, Hannah Arendt foi enviada a Jerusalém pelo

Este excerto de diálogo do filme “Hannah Arendt” realizado por Margarethe von Trotta, exibido em 2012, demonstra-nos a falta de avaliação que Eichmann<sup>154</sup> ao tempo evidenciou, enquanto pessoa e militar. A atestar esta evidência está a brilhante expressão «zês-ninguém» utilizada por Hannah Arendt, para nós entendida no sentido de alguém que se recusou a ser uma pessoa, alguém que se recusou a pensar (*i.e.*, que foi incapaz de *fazer juízos normais*) ou, ainda, alguém que foi incapaz de *estar envolvido num diálogo consigo mesmo*, aquilo a que *normalmente chamamos pensamento*. E o Direito, em concreto o Direito Criminal, tem uma estreita conexão com a consciência e o pensamento aquando da prática dos factos.

Se o Direito, no seu sentido mais lato, só faz sentido (e só tem razão de ser) face à necessidade de regular a vida em sociedade – mais, *a existência do Direito decorre de duas ordens de factos que podemos exprimir pelas seguintes frases: o homem é um animal social e «ubi societas, ibi jus»*<sup>155</sup> - então inerente ao funcionamento de qualquer regra jurídica está um juízo de valor, isto é, uma avaliação que as pessoas normalmente fazem acerca da bondade, justiça e equidade dessas mesmas normas que nos regulam.

Porque o Direito é pensado para ser direccionado às pessoas, então nos termos das *teorias clássicas do Direito Natural afirma-se que há certos princípios de conduta humana (...) com os quais o Direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido*<sup>156</sup>. Entre esses princípios temos as regras morais. Não

---

jornal *New Yorker* com o objectivo de assistir e realizar a cobertura jornalística do famoso julgamento de Adolf Eichmann e os artigos que na altura escreveu provocaram grande polémica, sendo a obra *Eichmann em Jerusalém – A Banalidade do Mal* disso evidente prova. Vide, nossa nota [1].

<sup>154</sup> Referimo-nos a Adolf Eichmann, Tenente-coronel das SS nazis, vide nota infra [1], *in fine*.

<sup>155</sup> Cfr. MENDES, João Castro, in *Introdução ao Estudo do Direito*, ed. Danúbio, Lda, Lisboa, 1984, p. 17.

<sup>156</sup> Cfr. HART, Herbert L. A., in *O Conceito de Direito*, 6.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 202. Acerca do conceito de Direito Natural (acima referido) este pode considerar-se como sendo:

- *O conjunto de regras e princípios superiores ao Direito positivo deduzidos pela razão da natureza humana, que permitem medir a legitimidade ou ilegitimidade do Direito positivo. Será o Direito Natural verdadeiro Direito? Será verdadeiro Direito se as respectivas normas forem reconhecidas e aplicadas como Direito por qualquer autoridade social, sobretudo pelos tribunais (é o caso dos (...) julgamentos de Nuremberga). (...) Funções actuais do Direito Natural: (...) constitui fundamento e critério de validade do Direito positivo, serve de fundamento do dever de obediência aos governantes legítimos; (...) é fonte inspiradora do Direito*



obstante, *não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito*<sup>157</sup>. Ainda neste contexto cumpre-nos perguntar: faria algum sentido haver uma dissonância entre a moral vigente numa sociedade e as normas jurídicas que hão-de regular essa mesma sociedade? Parece-nos, humildemente, que não. Razão porque *o Direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral aceite, como também de ideais morais mais vastos. Estas influências entram no Direito, quer de uma forma abrupta e confessada, através de legislação, quer de uma forma silenciosa e paulatina através do processo judicial*<sup>158</sup>. Só assim se compreende que *a responsabilidade pelos ilícitos cíveis e criminais pode ser ajustada aos pontos de vista prevalentes de responsabilidade moral*<sup>159</sup> vigentes numa determinada sociedade.

Em face do exposto diremos que, qualquer funcionário do Estado (seja ele civil ou militar) em circunstância alguma pode deixar de ser Homem e, assim, jamais pode perder a sua consciência moral (...) *e o dever de examinar quem lhe dá a ordem – e que ordem lhe dá. Por isso mesmo, a obediência cega, a obediência passiva, é um impossível moral*<sup>160</sup>. Facto que não nos parece que tenha ocorrido no regime nazi ou noutros conflitos bem mais recentes, designadamente como aqueles que ocorreram no Ruanda<sup>161</sup> no período de 1990 a 1999, na ex-Jugoslávia<sup>162</sup> entre 1991 e 1999 e actualmente na Síria<sup>163</sup>, desde 2011.

---

*positivo; é fundamento, em casos limite, do direito à desobediência civil e do direito à revolução. Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, in ob. cit. [127], pp. 17, 20 a 22. Sublinhado nosso.*

<sup>157</sup> Cfr. HART, Herbert L. A., in ob. cit. [156], p. 202.

<sup>158</sup> Idem, p. 220.

<sup>159</sup> Ibidem.

<sup>160</sup> Cfr. COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, in *A desobediência dos funcionários administrativos e a sua responsabilidade criminal*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1917, pp. 5 e 6 (sublinhado nosso)

<sup>161</sup> Referimo-nos à guerra civil que ocorreu no Ruanda no período de 1990 a 1993, onde *morreram pelo menos 500.000 pessoas* (...) Vide site do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) com o endereço [http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn\\_lisboa/swr/cx1-3.html](http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/swr/cx1-3.html), sítio por nós revisitado pela última vez em 24/6/2014.

<sup>162</sup> Referimo-nos aos conflitos armados que ocorreram na antiga Jugoslávia nos anos 90: *Croácia (1991-1995), Bósnia (1992-1995) e Kosovo (1998-1999). No caso da guerra da Bósnia, a mais mortífera, com cerca de 200 mil mortos. Vide jornal digital “Público”, disponível on-line no site*

Se o dever de obediência se funda na presunção de que o superior hierárquico é conhecedor da lei e só emite ordens em conformidade com a lei, então poder-se-ia pensar que o *dever de examinar* quem nos deu determinada ordem e que ordem nos foi dada, ou seja qualquer avaliação realizada relativamente a uma ordem que nos foi dada, parece colocar o subordinado na qualidade de julgador superior da ordem. Isto é, indicia no sentido de pôr em causa o próprio dever de obediência. Mas será assim de facto? Não nos parece.

Não temos qualquer dúvida que o dever de obediência é um dever fundamental ao funcionamento de qualquer serviço que disponha de um número significativo de recursos humanos, como é o caso da Administração Pública em geral e das FAA em particular. Mas será que *esse dever é, todavia, absoluto, isto é, a obediência é sempre devida? A desobediência será sempre uma falta? Nunca existirá o dever de desobedecer?*<sup>164</sup>

Para nós temos que, em determinadas circunstâncias, existe não só o dever, bem como o direito, de desobedecer. Tudo porque vivemos num Estado de Direito democrático<sup>165</sup>, onde o Direito (ou *regência da lei*<sup>166</sup>), ou ainda o primado da lei, nos concede essa possibilidade. No caso, quer a nossa Lei Fundamental<sup>167</sup>

---

<http://www.publico.pt/mundo/noticia/tpi-para-a-exjugoslavia-preparase-para-julgar-milosevic-62790>, sítio por nós revisitado pela última vez em 24/6/2014.

<sup>163</sup> Referimo-nos à guerra civil que está a ocorrer na Síria, desde 2011, onde *pelo menos 130 mil pessoas morreram* (...). Vide jornal digital “Diário Notícias”, disponível *on-line* no site [http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=3610687](http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3610687), sítio por nós revisitado pela última vez em 24/6/2014.

<sup>164</sup> Cfr. COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, *in ob. cit.* [160], p. 4.

<sup>165</sup> Sobre o conceito de Estado de Direito democrático, *vide* nota infra [71].

<sup>166</sup> Sobre o conceito de *regência da lei*, *vide* nota infra [70].

<sup>167</sup> Cfr., n.º 2 e n.º 3 do art.º 271.º da CRP (sublinhado nosso):

**Artigo 271.º**

**(Responsabilidade dos funcionários e agentes)**

(...)

2. É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito.

3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.

(...)

Acerca do direito de respeitosa representação neste n.º 2 deste preceito constitucional: (...) a faculdade de poder apreciar a legalidade da ordem, e o dever de obedecer às ordens ilegais, não prejudica nem se

quer a lei ordinária<sup>168</sup>, outorgam a capacidade a um subordinado de se poder abster em cumprir uma ordem que se consubstancie na prática de um facto típico, o que nos conduz para a existência de uma apreciação relativa (a tal avaliação ou examinação) da parte do subordinado. Esta apreciação relativa tem assim cabimento legal e deve ser realizada (correspondendo assim a uma necessidade ou dever) sempre que o subordinado entenda que a ordem que lhe foi transmitida está ferida de uma ilegalidade típica.

As normas jurídicas, bem como a obrigação ou dever moral, relacionam-se com o que deve ou não deve ser feito (o que nos conduz para a mencionada exigência de avaliação, examinação ou apreciação relativa) e, em regra, tais normas, não exigem qualquer aptidão ou inteligência especiais para a sua aplicação. No caso das normas jurídicas, esta não exigência tem uma estreita conexão não só com a referida influência da *moral aceite* na feitura das leis, bem como se conexiona com duas características das normas jurídicas: a abstracção e a generalidade. Isto é, estas normas destinam-se a regular as mais diversas situações da vida e estão, por isso, ao alcance de qualquer cidadão. Daí que o seu cumprimento seja entendido como uma questão assente ou inequívoca.

Assim se compreende que do conjunto das normas jurídicas (e demais normas morais) em vigor numa sociedade tenham que constar, obrigatoriamente, aquelas que proíbem o uso da violência, bem como as que definem as formas de honestidade e verdade de uns em relação aos outros e, ainda, aquelas que proíbem

---

*opõe ao direito de respeitosa representação que o subalterno pode fazer ao seu superior acerca da legalidade da ordem. Na verdade, a respeitosa representação poderá trazer consigo que, em vista das “remontrances” do subalterno, o superior se convença de que a ordem é, de facto, ilegal e a suspenda. E como a representação do subalterno é sempre um meio regular para seu esclarecimento, daí resultará que, uma vez obtidas explicações do superior, ou se confirma a ilegalidade da ordem, e com maior convicção se recusará, sob sua responsabilidade, a cumpri-la, ou se terá despersuadido de que a ordem é ilegal e executá-la-á. Vê-se assim, em qualquer caso, a sua utilidade. Cfr. COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, in ob. cit. [160], p. 30.*

<sup>168</sup> Cfr., n.º 2 do art.º 36.º do CP, sublinhado nosso:

**Artigo 36.º**  
**Conflito de deveres**

(...)

2 - O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime.

a destruição de coisas ou a sua apropriação, indo assim ao encontro dos ancestrais princípios de Direito: *alterum non laedere, honeste vivere e suum quique tribuere*<sup>169</sup>. Princípios que não foram, de modo algum respeitados pelos nazis, designadamente no comportamento que muitos militares alemães - a começar pelas respectivas as chefias - adoptaram para com o povo judeu no período entre 1940 até 1945, em concreto:

- 3 October 1940: *jews in Nazi-occupied Warsaw are ordered into the ghetto;*
- 19 May 1941: *Hitler issues guidelines for troops in Russia giving permission to murder Communist Jews;*
- 31 July 1941: *Hermann Göring authorizes Reinhard Heydrich to find a “final solution” to the Jewish question;*
- 18 August 1941: *Hitler orders Berlin`s remaining Jews to be deported eastwards;*
- 13 March 1942: *the Belzec death camp is opened for the mass murder of Jews;*
- *At the 20 January (1942) (...) Heydrich had been authorized to organize the mass deportation of all Europe`s Jews by his immediate superior Heinrich Himmler, head of the elite SS organization. Himmler was almost certainly acting on Hitler`s authority<sup>170</sup> (...).*

Nos exemplos atrás mencionados, o conceito de pessoa foi, inequivocamente, desrespeitado e a questão que se coloca é: onde esteve a avaliação, examinação, ou apreciação relativa que ao tempo se impunha?

---

<sup>169</sup> Isto é, não abusar dos seus direitos, não prejudicar ninguém e dar ou entregar a cada um o que é seu.

<sup>170</sup> Cfr. OVERY, Richard, in *The Second World War Experience*, volume 2, 1941-1942, ed. Imperial War Museum, ISBN:978-1-84442-008-7, p. 28. Sublinhado nosso.

O conceito de pessoa, tal como o filósofo Immanuel Kant<sup>171</sup> o desenvolveu, implica uma noção do Homem como um ser racional; ser que existe como um fim em si mesmo e não como um simples meio ou instrumento da vontade de outrem, como aconteceu no regime nazi. Segundo os ensinamentos de Kant, só a razão permite decidir (*i.e.*, avaliar) se um comportamento é moral ou imoral e, tal decisão, terá de ser acatada por todos os seres racionais; pois estes são racionais precisamente porque se deixam determinar pela razão. Ainda no seguimento das ideias de Kant a moralidade da acção não depende apenas da correcta identificação do dever, depende também de se querer cumprir o próprio dever<sup>172</sup>; facto que tem directa ligação à qualificação da acção (entendida como a materialização do cumprimento do dever) com os valores da moral. Isto é, para que a acção se revista de valor moral, o dever deverá ser genuíno; ou seja, deverá existir uma boa vontade na prática da acção, bem como dever-se-á querer cumprir o dever por respeito ao próprio dever. E este “dever – querer” implica, forçosamente, uma avaliação ao nível da consciência individual.

Sendo um facto que, hoje em dia, o nível cultural e de formação (em termos académicos) daqueles que compõem as FFAA é exponencialmente mais elevado do que aquando do desenrolar da 2.<sup>a</sup> Grande Mundial (GM), ou mesmo aquando do decurso dos conflitos nas ex-colónias portuguesas; mais, se é lícito afirmar que hoje em dia existe uma tendência cada vez mais exigente - dentro de toda a Administração Pública e nas FFAA em particular - para a rigorosa selecção de pessoas, *exigindo-lhes condições de idade, validez, independência, inteligência, moralidade, boa conduta pessoal, e outros requisitos (...), não se concebe facilmente que o mesmo sistema legal que dos agentes exige um tão grande número de aptidões e supõe no agente, em regra, tais faculdades de inteligência e de independência, possa impor ao mesmo agente, que, quando no exercício das suas*

---

<sup>171</sup> Immanuel Kant [1724-1804], filósofo prussiano, geralmente considerado como o último grande filósofo dos princípios da era moderna.

<sup>172</sup> Dever, ou (melhor ainda) deveres, os quais para os militares, atendendo à sua condição profissional (*vide* ponto 1.1. deste trabalho) assumem particular significado e importância.

*funções receba uma ordem, deva cumpri-la cegamente*<sup>173</sup>. Isto é, não se compreende que o mesmo sistema legal que exige tão específicas aptidões do agente e nele admite que existem, cada vez mais, superiores qualidades de inteligência e independência, não permita que o mesmo agente faça uso da respectiva vontade, do seu querer, isto é, da sua razão. Por outras palavras, que tenham plena autonomia, senão mesmo o dever, para realizar uma avaliação, ou examinação, das ordens que lhes são dadas.

Nos dias modernos em que vivemos existe, cada vez mais, uma clara percepção que o funcionário público<sup>174</sup> (e para nós a designação na língua inglesa *public servant*, *civil servant*, ou ainda *public official*, assume, neste contexto, maior rigor, isto é, alguém que inequivocamente está ao serviço da causa pública), seja ele um civil ou um militar, essa pessoa, enquanto servidor público, *não se demitiu das suas faculdades de ente racional. Por mais acentuado que seja o carácter meramente material das funções que lhe estejam confiadas, o funcionário não pode rigorosamente ser considerado como uma máquina, que cegamente obedeça à vontade do motor, e antes não reage, e não se recusa mesmo a funcionar logo que a força lhe não é transmitida nos rigorosos e pré-fixados termos do seu funcionamento normal*<sup>175</sup>. E para nós temos que os referidos *pré-fixados termos do seu funcionamento normal*, deverão corresponder àquilo que a nossa Lei

---

<sup>173</sup> Cfr. COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, *in ob. cit.* [160], p. 10.

<sup>174</sup> Sobre o facto de se considerarem (ou não) os militares funcionários públicos, *vide* nota *infra* [8]. Ainda neste tocante *vide* n.º 2 do art.º 1.º, da Lei Orgânica n.º 1-A/2009, Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas (LOBOFA) e, ainda, n.º 1 do art.º 23.º da LDN, *leg. cit.* [16], seguidamente transcritos (sublinhado nosso):

**Artigo 1.º**  
**Forças Armadas**

(...)

2. As Forças Armadas obedecem aos órgãos de soberania competentes, nos termos da Constituição e da lei, e integram-se na administração directa do Estado, através do Ministério da Defesa Nacional.

(...)

**Artigo 23.º**  
**Integração das Forças Armadas na administração do Estado**

1. As Forças Armadas integram-se na administração directa do Estado, através do Ministério da Defesa Nacional.

(...)

<sup>175</sup> Cfr. COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, *in ob. cit.* [160], p. 9 (sublinhado nosso).

Fundamental nesta matéria determina: *os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei*<sup>176</sup>.

A missão de uma qualquer pessoa que esteja ao serviço do Estado, ou seja, a missão de alguém que desempenha uma função pública é assegurar-se, em primeiro lugar, do funcionamento do serviço onde presta funções (razão porque a responsabilidade disciplinar se consubstancia numa sanção aplicável a um funcionário porque este, no exercício das mesmas funções, desrespeitou deveres funcionais), e depois interiorizar que, no exercício das suas funções, serve o interesse público no respeito pela lei. Isto é, serve o interesse geral (no caso das FFAA, estas *estão ao serviço do povo português*<sup>177</sup>) e não o interesse individual do superior hierárquico que lhe deu aquela ordem que se veio a consubstanciar na prática de um facto típico.

Neste contexto, recordo-me de algumas ordens emitidas em momentos de convulsão, de guerra, de revolta ou demais situações tumultuosas. Ensina-nos a História, relativamente àqueles que emitem ordens no contexto militar, que tenham a lucidez de entender a razoabilidade da respectiva exigência (em termos de avaliação pessoal), ou seja que adoptem uma conduta esclarecida<sup>178</sup>, enquanto que

---

<sup>176</sup> Cfr. n.º 2, do art.º 266.º da CRP:

**Artigo 266.º**  
**(Princípios fundamentais)**

(...)

2. *Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.*

<sup>177</sup> Cfr. n.º 4, do art.º 275.º, da CRP (seguidamente transcrito, com sublinhado nosso):

**Artigo 275.º**  
**(Princípios fundamentais)**

(...)

4. *As Forças Armadas estão ao serviço do povo português, são rigorosamente apartidárias e os seus elementos não podem aproveitar-se da sua arma, do seu posto ou da sua função para qualquer intervenção política.*

(...)

<sup>178</sup> Esta avaliação, ou conduta esclarecida, vai ao encontro do constante no n.º 1 do art.º 13.º do RDM, *leg. cit.* [17], que seguidamente se transcreve (sublinhado nosso):

**Artigo 13.º**  
**Dever de autoridade**

àqueles que as não-de respeitar pede-se (ainda no âmbito da respectiva avaliação individual) que sejam diligentes, cuidadosos e vigilantes no seu cumprimento. *I. e.*, que procedam à respectiva avaliação, ou examinação, sempre que tenham razões para duvidar da sua ilegitimidade.

Relembro, a este respeito, a recusa do cumprimento de uma ordem, aquando da manhã de 25 de Abril de 1974:

- (...) eu estava em cima, na torre (do M47). Ele (brigadeiro [...] segundo comandante da Região Militar de Lisboa) subiu a grade do meu carro e foi para cima da grelha. Eu estava em sentido. Ele disse-me: “Sabe trabalhar com isso, nosso cabo?” Eu disse: “Pouco.” Tentei compor... “Fui improvisado para aqui. Sei pouco trabalhar com isto.” O brigadeiro disse: “Dá fogo já a direito.” “Dá fogo”, era virado pr’aqueles (a coluna da Escola Prática de Cavalaria, de Santarém). Eu disse: “Vou ver se consigo, mas eu não sei.” E ele só me respondeu: “Ou dá fogo ou meto-lhe um tiro na cabeça!” Pegou na pistola, vinha vestido de brigadeiro, mesmo. E eu então meti-me dentro da torre. Aquilo tem uma porta, fechei-a e disse para o condutor: “Fecha as portas também.” (...) decidiu fechar-se dentro do blindado, única forma que encontrou de fugir às ordens do brigadeiro para que fizesse fogo. (...) A sua recusa em cumprir as ordens do brigadeiro – tem consciência – tornou-o “um dos autores que fizeram com que as coisas corressem bem naquele dia”<sup>179</sup>.

Ou, ainda, a recusa do imediato do navio “NRP - Gago Coutinho”, perante uma ordem do seu comandante, em disparar sobre o Terreiro do Paço, também na mesma manhã:

---

1. O dever de autoridade consiste em promover a disciplina, a coesão, a segurança o valor e a eficácia das Forças Armadas, mantendo uma conduta esclarecida e respeitadora da dignidade humana e das regras de direito.

<sup>179</sup> Cfr. CUNHA, Alfredo e GOMES, Adelino in *Os Rapazes dos Tanques*, Porto Editora, Lda, Lisboa, 2014, pp. 170 e 171.



- (...) o comandante do navio (*Capitão-de-Fragata [...] tinha 51 anos e o oficial a seguir em antiguidade, que era o signatário, tinha 27, ou seja havia uma diferença de idades de 24 anos. (...) Seguidamente, o então Vice-Chefe de Estado-Maior da Armada (E.M.A.) (...) pela fonia dá ordem ao então comandante do navio para disparar sobre os tanques rebeldes posicionados no Terreiro do Paço, (há testemunhas presenciais desta ordem, na altura prestando serviço no E.M.A.) ao que este se recusa, alegando que estava muita gente no Terreiro do Paço e também vários cacilheiros se encontravam nas proximidades. (...) É bom não esquecer que, se os oficiais não se têm recusado a abrir fogo às ordens do comandante, e se as peças têm disparado as munições de exercício para o ar com a elevação máxima em que estavam posicionadas (cerca de 85.º), além do estrondo resultante dos disparos, os projecteis, embora não contendo alto explosivo, cairiam no Mar da Palha com as consequentes “gerbes” (levantamento da água resultante da entrada dos projecteis na água), o que ocasionaria decerto o caos, de consequências imprevisíveis, pois se no Terreiro do Paço estavam posicionados os tanques do Salgueiro Maia, no Cristo Rei estavam posicionadas baterias de Vendas Novas prontas a disparar para a Fragata<sup>180</sup>.*

Se a existência do dever de obediência tem como fito último (dentro das FFAA) assegurar que a missão que lhes está constitucional e legalmente cometida é de facto cumprida, então para além de todo o circunstancialismo onde (e como) são recebidas as ordens, os elementos que emitem e cumprem as ordens dentro das FFAA devem ter sempre presente que *o dever de obediência assenta na presunção de que é legítima a ordem do superior, porque se presume que ele não dará ordens ilegais. Essa presunção não é, todavia, juris et de jure<sup>181</sup>, e por isso cessa perante a*

---

<sup>180</sup> Cfr. SANTOS, Fernando Luís Caldeira Ferreira dos, Capitão-de-Fragata (Reformado) e Imediato do NRP “Almirante Gago Coutinho” no dia 25 de Abril de 1974, em descrição na primeira pessoa no site <http://www.25abril.org/index.php?content=1&c1&c2=&glossario=Gago%20Coutinho>, sítio pela última vez por nós revisitado em 23/5/2014.

<sup>181</sup> «Juris et de jure» (Direito Civil) – Diz-se que uma presunção legal é inilidível ou «juris et jure» quando ela é absoluta, não podendo ser ilidida mediante prova em contrário, isto é, quando a lei proíbe que ela

*evidência da sua ilegalidade, ou perante a convicção de ilegalidade por parte do agente encarregado de cumpri-la*<sup>182</sup>. Nos exemplos atrás destacados, ainda bem que os destinatários daquelas ordens tiveram a clarividência necessária para fazer a avaliação das ordens que ao tempo lhes foram transmitidas e, naquela *evidência* ou *convicção*, recusaram-se a cumprir o que lhes foi ordenado. Naquelas circunstâncias, ou noutras de análoga natureza, *o dever de obediência não é absoluto; como dever, não pode exigir-se uma obediência cega, passiva*<sup>183</sup>.

Ainda que presumamos que a ordem é sempre proveniente de alguém com autoridade e competência para a poder ter emitido, mais, que a mesma é quase sempre emitida sob a forma legal, bem como o subordinado é na generalidade competente para a executar, ainda assim se subsistirem dúvidas acerca do seu resultado final, então deveríamos parar para pensar e dizer para nós próprios: «isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido»<sup>184</sup>. Para nós, tudo se resume ao dever da realização de uma avaliação, ou examinação, à qual há-de corresponder a produção de uma *nota subjectiva* e de uma *nota objectiva* por nós já atrás abordadas no § 1.2.4.1.<sup>185</sup>

Na verdade, nalgumas sociedades num passado não muito longínquo, ficou demonstrado que enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um dos seus instrumentos (...) e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral<sup>186</sup>. Neste seguimento, é então legítimo perguntar: como avaliar a posição do superior que proferiu uma ordem tendo em vista a prática de factos típicos por parte do subordinado, estando aquele

---

*possa ser destruída por qualquer outra prova. (...) A regra é a de que as presunções legais são ilidíveis, só não o sendo nos casos em que a lei o proibir. Cfr. PRATA, Ana, in ob. cit. [68], p. 697.*

<sup>182</sup> Cfr. COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, *in ob. cit.* [160], p. 14. Sublinhado nosso.

<sup>183</sup> Idem, p. 5.

<sup>184</sup> Cfr. HART, Herbert L. A., *in ob. cit.* [156], p. 224.

<sup>185</sup> Vide texto correspondente à nossa nota infra [136].

<sup>186</sup> Cfr. HART, Herbert L. A., *in ob. cit.* [156], p. 224.

## 2. O cumprimento de ordens e a necessidade (ou dever) da sua avaliação

---

ciente que vai exercer um *domínio da vontade* deste, por força do *domínio da organização* onde estão ambos inseridos?

Propomo-nos, então, debruçar sobre esta temática.



### 3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos *aparelhos organizados de poder* como o são as FFAA

O tema do presente trabalho impõe que se faça uma reflexão sobre a qualificação jurídico-criminal e consequente responsabilização penal do *homem-de-trás*<sup>187</sup>, quando este por ordem sua determina a prática de infracções criminais ao *homem-da-frente*<sup>188</sup> seu subordinado, sem directamente tomar parte na sua execução.

Segundo o CP português, autor mediato é *quem executar o facto por intermédio de outrem*<sup>189</sup>. Isto é, face à lei penal portuguesa, na autoria mediata o desempenho essencial tem-no quem, *prima facie*, não aparece como quem vem a executar e a consumir o ilícito penal. Por isso, a expressão *outrem* prevista no artigo 26.º do CP tem um conteúdo especial. Assim como qualquer autor pode utilizar instrumentos na sua actuação criminosa, da mesma forma pode utilizar outra pessoa. Só que, neste último caso, tal utilização deve ser interpretada não como a utilização de um objecto inerte, mas sim de sujeito actuante. Logo, no primeiro caso, como o instrumento mecânico não realiza uma acção humana, não poderemos considerar que exista autoria mediata da parte do *homem-de-trás*, como existe quando faz uso da utilização humana.

Para Claus Roxin<sup>190</sup> a tradicional estrutura dogmática da autoria dentro do Direito Penal, tal como estava idealizada, *não permitia que a mesma fosse usada em*

---

<sup>187</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], p. 788.

<sup>188</sup> Idem.

<sup>189</sup> Cfr. artigo 26.º do CP (sublinhado nosso):

#### **Artigo 26.º**

##### **Autoria**

É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.

<sup>190</sup> ROXIN, Claus, eminente penalista alemão que estudou a problemática da fundamentação autónoma da autoria mediata no âmbito do “domínio da organização”. Trata-se de um dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão.

*relação a determinados tipos de crime, como os crimes de guerra, de Estado e de determinado tipo de organizações (...). Daí que se deduza que as figuras jurídicas da autoria, da instigação e da cumplicidade, que estão concebidas à medida do delito individual não possam ajustar-se (...)*<sup>191</sup> e, por isso, foi necessário adaptar a estrutura tradicional da autoria a estas novas formas de criminalidade.

Foi o que aconteceu para a condenação do líder nazi Eichmann<sup>192</sup>. Na altura o tribunal fundamentou que nestes crimes de proporções gigantescas e de múltiplas ramificações, nos quais participaram muitas pessoas - em diversas posições ao nível do comando, do planeamento, da organização e, por fim, da execução – não foi possível, à data, recorrer à aplicação dos tradicionais conceitos de instigador e de cúmplice e, assim, excluiu a aplicação das tradicionais categorias de participação, para responsabilizar aquele líder nazi.

Neste contexto e para Roxin, *os crimes de guerra, de Estado (...) não podem apreender-se adequadamente apenas com as escalas do delito individual*<sup>193</sup> (...). Para este penalista alemão, isso não eximiu os tribunais da *obrigação de considerar os comportamentos dos participantes a título individual*<sup>194</sup>. Para ultrapassar estas dificuldades, Roxin estudou um novo fundamento para demonstrar a responsabilidade do *homem-de-trás* ao nível da autoria, partindo do princípio de que quem vai praticar o facto é uma pessoa *plenamente responsável*<sup>195</sup>. Assim, ficariam afastados, nestes casos, os clássicos exemplos – ao nível da autoria - da coacção

---

<sup>191</sup> Cfr. CONDE, Francisco Muñoz, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Obra coordenada por Maria da Conceição Valdágua, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, p. 89. Publicação dada à estampa no decurso das observações suscitadas por diversos participantes, no Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, realizado na Universidade Lusíada de Lisboa em 17 e 18 de Março de 2000, tendo a sua intervenção como tema *¿Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos de Poder Organizados en Organizaciones “No Desvinculadas Del Derecho”?*

<sup>192</sup> Referimo-nos a Karl Adolf Eichmann, político e militar (Tenente Coronel das SS) da Alemanha Nazi, responsável pelo extermínio de milhões de judeus durante o holocausto. Também conhecido como o *executor-chefe* do Terceiro-Reich, cujo pequeno excerto das suas alegações, em sede de julgamento, consta na parte inicial deste trabalho, *ob. cit.* [1] e, ainda, texto correspondente às nossas notas infra [153] e [154].

<sup>193</sup> Cfr. CONDE, Francisco Muñoz, citando Roxin, *ob. cit.*, [191], p. 89.

<sup>194</sup> Idem.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 90.

### 3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos *aparelhos organizados de poder* como o são as FFAA

---

exercida sobre o executor (autor material ou imediato), bem como se afastava a sua actuação em erro.

Estruturando o seu pensamento numa nova categoria de autoria que faz uso da instrumentalização dos *aparelhos organizados de poder*, onde se inserem quer o *homem-de-trás* quer o *homem-da-frente*, Roxin construiu a sua teoria recorrendo à existência de três requisitos prévios para que a mesma fizesse sentido. No caso:

- A existência de um aparelho organizado de poder com uma estrutura hierárquica rígida;
- A fungibilidade efectiva do executor;
- A desvinculação do aparelho, como um todo, do direito<sup>196</sup>.

É o que nos propomos seguidamente abordar, estabelecendo a correspondente relação com as FFAA, como *aparelho organizado de poder*, trazendo à colação a importância da obediência hierárquica e da disciplina militar, quando o *homem-de-trás* ordena a prática de factos típicos ao *homem-da-frente* seu subordinado.

#### **3.1. A existência do aparelho organizado de poder com uma estrutura hierárquica rígida e a respectiva semelhança com o funcionamento das FFAA**

Para ultrapassar as dificuldades com que se poderia debater, Roxin desenvolveu uma teoria na qual caracteriza os aparelhos de poder com uma estrutura de domínio integrada por três elementos que, em sua opinião, vão fundamentar a autoria mediata do *homem-de-trás*. Assim, para Roxin, o primeiro elemento deste mecanismo funcional é o *domínio da organização*. E a este respeito Roxin refere: *quien está conectado com un aparato organizativo en cualquier y de una manera*

---

<sup>196</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, em *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?* in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 655 e 656, fazendo referência à posição de Claus Roxin.

*que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles*<sup>197</sup>.

No funcionamento destes aparelhos organizados de poder (que estão à disposição do *homem-de-trás*), exige-se que os mesmos desenvolvam uma vida independente, distinta da vida dos elementos que os compõem, funcionando mesmo automaticamente<sup>198</sup>.

O agente de trás (ou *homem-de-trás*) domina a organização onde está inserido e há uma relação hierárquica entre ele e o agente que pratica o facto (o *homem-da-frente*), em razão deste último também pertencer ao referido *aparelho organizado de poder*. Por isso se diz que estamos perante uma organização vertical, com funcionamento de cima para baixo, ou funcionamento vertical – e automático – tal como acontece na estrutura hierárquica das FFAA. Mais, podemos afirmar que o *homem-de-trás* só necessita de dar a ordem – tendo para tanto autoridade<sup>199</sup> - que ela será, certamente, cumprida por um qualquer subordinado.

Fazendo uso e argumento da política nazi (esta paradigmática daquilo que é um *aparelho organizado de poder com estrutura hierárquica rígida*, como foi o caso das SS<sup>200</sup>) nomeadamente no caso de Eichmann<sup>201</sup>, Roxin entendeu que a este líder nazi lhe seria imputada não só a qualidade de autor mediato mas também de

---

<sup>197</sup> Cfr. CONDE, Francisco Muñoz, citando Roxin, *ob. cit.* [191], p. 90.

<sup>198</sup> E refere, ainda neste tocante, CONDE, Francisco Muñoz: *a este respecto decía acertadamente Roxin: «El fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las ordenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa»*, cfr. CONDE, Francisco Muñoz, citando quer a jurisprudência alemã (BGH 18, 87: Caso Stachynskij), quer Roxin, *in ob. cit.* [191], p. 90 (sublinhado nosso).

<sup>199</sup> Autoridade ou *dever de autoridade* que a lei confere aos militares de posto superior, relativamente aos seus subordinados. Vide texto correspondente às notas infra [35 a 37] e correspondente legislação destacada.

<sup>200</sup> SS, abreviatura de *Schutzstaffell* (“*tropa de protecção*”), organização paramilitar ligada ao partido nazista de Adolf Hitler. O seu lema era «*minha honra é a lealdade*» (...). A partir de 1939, sob o comando de Heinrich Himmler, a SS cresceu e chegou a contar com um exército próprio, a *Waffen SS* («*SS Armada*»), independente do exército alemão, a *Wehrmacht*. Além disso a SS também absorveu a Gestapo, polícia secreta do regime nazi (...) e comandaria os Campos de Concentração nos países ocupados (...) in <http://pt.wikipedia.org/wiki/Schutzstaffe>, sítio pela última vez por nós revisitado em 30/6/2014.

<sup>201</sup> Caso Eichmann, cujo excerto de alegações, ou depoimento em tribunal, consta na parte inicial deste trabalho, cfr. nota [1]. Vide, ainda, texto correspondente às nossas notas infra [153] e [154].



### 3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos *aparelhos organizados de poder* como o são as FFAA

---

executor (ou autor-imediato). Assim, nalguns crimes Eichmann foi considerado autor imediato e, noutros, respondeu como autor mediato. Neste último caso, devido ao domínio que detinha dentro da organização nazi e à utilização que fez da máquina nazi para ordenar aqueles crimes *durante a ditadura nacional socialista, seguindo ordens secretas do Führer*<sup>202</sup>.

Apesar do autor mediato estar muitas vezes afastado da vítimas, o mesmo encontra-se, no entanto, junto dos órgãos decisores, ou detém o poder decisão, o que o projecta para o centro dos acontecimentos que ele quis - ou podia ter evitado - por sua simples ordem de comando. Assim, concordamos com Figueiredo Dias (que sufraga a tese de Roxin,) quando refere: *o domínio da organização constitui por conseguinte – suposta a hierarquização rígida da estrutura organizatória, a fungibilidade do agente e a actuação da organização fora do quadro da ordem jurídica – uma forma de domínio da vontade que, indiferente à atitude subjectivo-psicológica do homem-da-frente, integra um fundamento autónomo da autoria mediata*<sup>203</sup>.

Por isso se diz que nos *delitos de domínio autor é só aquele, mas todo aquele, que tem o domínio do facto*<sup>204</sup>. Importa é que fique demonstrado que esse alguém, investido na função de dirigente, isto é, quando ordena a prática do facto típico, no fundo detenha o poder de impedir (ou então de deixar prosseguir) a realização do ilícito-tipo, sempre nos termos da sua vontade. Na verdade, trata-se da pessoa que se assume como a figura central de todo o acontecimento. Ou ainda, nos termos da teoria do domínio do facto, *autor é quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a execução «nas suas próprias mãos» de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica*<sup>205</sup>. Assim, para Figueiredo Dias - na linha de pensamento de Roxin - *a autoria mediata do “homem-de-trás” (do*

---

<sup>202</sup> Cfr. CONDE, Francisco Muñoz, *ob. cit.* [191], p. 94.

<sup>203</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], pp. 788 e 789.

<sup>204</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.* [196], p. 654.

<sup>205</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, fazendo este autor uma distinção, em nota de rodapé, *quanto ao domínio positivo do facto (a capacidade de o fazer prosseguir até à consumação) e um domínio negativo (a capacidade de o fazer gorar)*, *ob. cit.* [3], p. 765.

“homem sentado à secretária”) fundar-se-á nestes casos em que ele detém o domínio da organização<sup>206</sup>.

Situações em que se verifica o *domínio da organização* – como aconteceu com o regime nazi – poderão ocorrer em organizações, ou centros organizados de poder, que denotam uma estrutura hierárquica dotada de forte disciplina interna<sup>207</sup>, reflectindo um funcionamento mecânico, ou *quase “automático”*<sup>208</sup> – dos seus elementos, como se verifica nas FFAA. Em concreto, referimo-nos à acção de alguns elementos destas organizações, no desempenho dos seus diferenciados papéis, ao ponto dos executores serem muitas vezes meros peões, ou instrumentos, na realização automática das ordens emitidas pelos escalões superiores.

### **3.2. A fungibilidade, sem restrições, do executor da ordem de conteúdo criminoso e o correspondente paralelismo com a disponibilidade dos executores dentro das FFAA**

É precisamente o facto da ordem poder ser cumprida por um qualquer subordinado da cadeia hierárquica, que nos leva ao segundo requisito: a *fungibilidade* (na organização) do executor. Para Roxin, a *fungibilidade* da *homem-da-frente* e a sua conseqüente disposição às ordens do *homem-de-trás* (que nas FFAA é bem evidente face ao elevado número de executores que se podem utilizar) é fundamental para demonstrar a autoria mediata do *homem-de-trás*.

Roxin ilustrou bem este requisito da *fungibilidade* do *homem-da-frente*, quando trouxe para a sua teoria o exemplo os *guardas do muro de Berlim*<sup>209</sup>, face ao considerável número de executantes e disposição dos mesmos perante o *homem-de-*

---

<sup>206</sup> Idem, p. 788.

<sup>207</sup> Como é o caso das Forças Armadas, em nossa opinião. A este respeito *vide* § 1.1. deste trabalho: “o valor e importância da disciplina – e correspondentes deveres – para o funcionamento da organização militar”.

<sup>208</sup> *Cfr.* DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], p. 788.

<sup>209</sup> O exemplo dos *guardas do muro de Berlim* refere-se ao julgamento realizado na Alemanha relativamente aos soldados da ex-República Democrática Alemã (RDA) que fiscalizavam o “muro de Berlim” e que abatiam todos os cidadãos que fugiam da parte oriental para a República Federal Alemã (RFA). *Cfr.* CONDE, Francisco Muñoz, *ob. cit.* [191], p. 93.

### 3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos *aparelhos organizados de poder* como o são as FFAA

---

*trás*, para a prática do facto. Assim, em 1994 o Supremo Tribunal alemão, no *caso dos atiradores do muro*, veio a condenar os executores por homicídio doloso e os membros do Conselho de Segurança Nacional do Governo comunista como autores mediatos nos mesmos homicídios dolosos; tudo em razão da utilização instrumental que os últimos fizeram do *aparelho organizado de poder* onde se incluíam os executores. Entendemos que, se não fossem aqueles concretos elementos executantes (*atiradores*) que praticaram os factos dolosos, outros o fariam em seu lugar – por força da tal *fungibilidade* – sempre em cumprimento da ordem daqueles membros do Conselho de Segurança.

Roxin – ainda relacionado com a *fungibilidade* do executor e o sucesso da ordem do *homem-de-trás* – refere-nos que, para além da necessidade de existência dos aparelhos organizados de poder e da sua actuação desvinculada do Direito, a *fungibilidade* do executor relaciona-se muito com a *disposição consideravelmente elevada* do executor material do facto estar às ordens do *homem-de-trás*.

Esta disposição é, em nossa opinião, explorada de um modo mais profundo pela professora Conceição Valdágua – sob o tema *a subordinação voluntária do homem da frente à decisão do agente da retaguarda*<sup>210</sup> - por nós a destacar em momento posterior deste trabalho.

Para Roxin, directamente relacionado com a *disposição* de actuação e comportamento do *homem-da-frente*, entram em avaliação todas as circunstâncias fronteiras à coacção, mas que se não qualificam como tais, designadamente o medo de perder o emprego ou uma situação de privilégio, entre outras situações. Mais, Roxin vem a esclarecer que todos estes factores, fronteirais à actuação do homem fungível, não vão excluir a sua responsabilidade penal, apesar de poderem afectar (para mais ou para menos) o respectivo grau de responsabilização penal.

No caso das FFAA, diremos que por força do princípio da hierarquia militar

---

<sup>210</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.*, [196], pp. 667 e 670 ou, no dizer de Figueiredo Dias: “a subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato”, *ob. cit.* [3], p. 790.

(que tem por finalidade estabelecer, em todas as circunstâncias, relações de autoridade e subordinação entre os militares<sup>211</sup>), a sujeição – ou subordinação<sup>212</sup> – dos militares de postos mais baixos relativamente aos militares de postos mais elevados pode conduzir também à referida *disposição consideravelmente elevada do executor material do facto* estar às ordens do *homem-de-trás*.

Tal *disposição* do executor material do facto estar às ordens do *homem-de-trás* pode contribuir para diminuir a liberdade de decisão dos subordinados, nomeadamente ao nível da respectiva faculdade de formar livremente a sua vontade. Isto quando na sua mente – ou consciência - entram em avaliação todas as circunstâncias fronteiras à coacção, mas que não se qualificam como tais, designadamente o medo da não obtenção de uma promoção (ou a sua demora), o receio de uma transferência e consequente deslocação para outra unidade militar que não deseje, ou desempenho de outra função que não ambicione – tudo à semelhança daquilo que é referido por Claus Roxin, quando se refere à actuação do *homem-da-frente*.

Para Figueiredo Dias, *dada a grande disponibilidade de meios de tais organizações – que assim se apresentam como “unidades funcionais” com vida própria, independente dos concretos indivíduos que a compõem*<sup>213</sup> - e, no caso das FFAA, se acrescentarmos a essa *grande disponibilidade de meios* humanos a importância do cumprimento da missão e a extrema convicção no cumprimento do deveres, todos em conjunto, são factores nos permitem melhor entender a acção do

---

<sup>211</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 26.º, do EMFAR, *leg. cit.* [29], sublinhado nosso:

**Artigo 26.º**

**(Hierarquia)**

*1- A hierarquia tem por finalidade estabelecer, em todas as circunstâncias, relações de autoridade e subordinação entre os militares e é determinada pelos postos, também designados por patentes, antiguidades e precedências previstos na lei.*

(...)

<sup>212</sup> Neste tocante *vide* artigo 2.º da Lei de BGECM, *leg. cit.* [27], seguidamente transcrito (sublinhado nosso):

**Artigo 2.º**

*A condição militar caracteriza-se:*

(...)

*d) Pela subordinação à hierarquia militar, nos termos da lei;*

(...)

<sup>213</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [3], p. 788.

### 3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos *aparelhos organizados de poder* como o são as FFAA

---

agente imediato, ou executor do crime, aqui entendido como um *elemento fungível* que, mesmo quando actue com culpa dolosa, em nada afecta o verdadeiro domínio do facto do homem-de-trás<sup>214</sup>.

Por isso, Figueiredo Dias - na esteira daquilo que Roxin formulou para a respectiva teoria do *domínio da organização*, entendida como *uma forma de domínio da vontade que, indiferente à atitude subjectivo-psicológica do homem-da-frente, integra um fundamento autónomo da autoria mediata*<sup>215</sup> - veio também condicionar a aplicação de tal teoria à verificação, cumulativa, dos três requisitos já atrás referidos: *a hierarquização rígida da estrutura organizatória, a fungibilidade do agente* e, por fim, *a actuação da organização fora do quadro da ordem jurídica*<sup>216</sup>.

Mas se para Roxin a qualificação como autor-mediato (relativamente ao *homem-de-trás*) se deve, essencialmente, ao facto deste utilizar o *homem-da-frente* para praticar pelas suas próprias mãos o facto típico – usando para tanto *a fungibilidade do executor*<sup>217</sup> - a verdade é que, para nós, tal só acontece face ao *domínio* que aquele exerce *na organização* (como acontece na organização militar) para fazer cumprir as ordens que dá<sup>218</sup>. Assim, a *fungibilidade* do executor é indissociável, em nossa opinião, do domínio da organização detido pelo *homem-de-trás* e da correspondente autoridade<sup>219</sup> que a lei nalguns casos lhe confere.

Logo, humildemente, não concordamos com Roxin quando menciona que dos três requisitos *exigidos para aplicação da sua doutrina do domínio da organização, só a fungibilidade* – sublinhado nosso – *do executor pode considerar-se verdadeira*

---

<sup>214</sup> Idem.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 789.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 788.

<sup>217</sup> A este respeito: *a fungibilidade do executor assegurada pelo automatismo inerente ao aparelho organizado de poder com rígida estrutura hierárquica e funcionando à margem do ordenamento jurídico, confere ao homem da retaguarda a segurança de saber que o seu desígnio criminoso será executado, mesmo que alguém se recuse a fazê-lo. E é nesta segurança quanto à prática do facto que assenta, segundo Roxin, o domínio do facto pelo homem da retaguarda. Cfr. VALDÁGUA, Conceição, in ob. cit. [196], p. 656.*

<sup>218</sup> Vide texto e § correspondente à nossa nota infra [35].

<sup>219</sup> Vide texto e § correspondente às nossas notas infra [36 e 37].

*justificação da autoria mediata, que essa doutrina atribui ao agente da retaguarda. Os restantes dois requisitos – a existência do aparelho organizado de poder com estrutura hierárquica rígida e o funcionamento desse aparelho à margem do ordenamento jurídico – relevam apenas porque proporcionam as condições necessárias para a verificação da fungibilidade do executor, em termos suficientemente amplos para fundamentar a autoria mediata do agente da retaguarda*<sup>220</sup>. E não concordamos porque, em nossa modesta opinião, a *fungibilidade* será, quando muito, um elemento essencial (até porque para se preencher a figura da autoria mediata exige-se sempre um *intermédio de outrem*<sup>221</sup>), mas a mesma não acontece, na plenitude, se for desligada dos demais elementos. Neste sentido, para que a *doutrina do domínio da organização* funcione na perfeição, exige-se que associados à *fungibilidade* da intervenção humana estejam dois outros elementos fundamentais – todos em estreita concordância - e sem os quais a *fungibilidade*, só por si, não faria sentido, ou mesmo não funcionaria. No caso:

- *A existência de um aparelho organizado de poder com uma estrutura hierárquica rígida;*
- *A desvinculação do aparelho, como um todo (ou parte dele) do direito.*

Estamos cientes que a *fungibilidade* só acontece porque a organização possui um diversificado (mas essencial) universo de escolha de agentes executores (à disposição do *homem-de-trás*) o qual, se necessário, permite facilmente a respectiva substituição. Assim, é também em função da *estrutura hierárquica rígida da organização*, à qual tem de corresponder (necessariamente) competências, poderes e medidas disciplinares<sup>222</sup> muito próprias, que se consegue mais facilmente dar execução à *fungibilidade* do executor (ou *homem-da-frente*).

---

<sup>220</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, citando Roxin, *ob. cit.* [196], p. 656.

<sup>221</sup> Logo, forçosamente, a exigência de intervenção de uma pessoa, *cfr.* art.º 26.º, do CP, 2.ª preposição.

<sup>222</sup> *Vide* texto e § correspondente às nossas notas *infra* [62 a 64].

### 3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos *aparelhos organizados de poder* como o são as FFAA

---

Por outro lado, inerente ao funcionamento desta *estrutura hierárquica rígida*, com *automatismo próprio*, não é alheia (no caso das FFAA) a possibilidade, sempre latente, de aplicação de penas privativas da liberdade por via administrativa<sup>223</sup>, possibilidade essa permanentemente presente no espírito dos subordinados, o que contribuiu para diminuir a liberdade de decisão dos mesmos executores, ao nível da aptidão para formar livremente a sua vontade. Facto que (também) nos conduz para a existência da *fungibilidade* a funcionar à margem do direito.

Ainda demonstrativo de que a *fungibilidade* do *homem-da-frente* se associa directamente com um *aparelho organizado de poder de estrutura hierárquica rígida* é a existência de dois princípios fundamentais ao funcionamento das FFAA: o princípio da hierarquia<sup>224</sup> e o princípio da autoridade<sup>225</sup>. O primeiro princípio só subsiste se o segundo tiver o correspondente suporte legal. Ou seja, é com base no princípio da autoridade (que funciona em estreita ligação com o princípio da hierarquia) que um comandante, director ou chefe das FFAA exige o cumprimento das ordens que emite. Mas fá-lo porque a lei<sup>226</sup> lhe confere habilitação para tanto.

Deste modo, a existência de *leis especiais*<sup>227</sup>, do âmbito disciplinar, e a ameaça da sua utilização à margem do Direito – isto é, a tal *desvinculação do aparelho* (ou parte dele) *do direito* -, associada ao uso dos dois princípios ora evidenciados (a operarem dentro de *aparelho organizado de poder com uma estrutura hierárquica rígida*), contribui também para a aplicação da *doutrina do domínio da organização* preconizada por Roxin. Razão porque, para nós, não é apenas a *fungibilidade* a única justificação para a atribuição da qualificação de autor mediato ao *homem-de-trás*.

---

<sup>223</sup> Cfr. alínea d) do n.º 3 do art.º 27.º, da CRP. Vide nossa nota infra [26].

<sup>224</sup> Vide n.º 1 do art.º 26.º, do EMFAR, *leg. cit.* [211].

<sup>225</sup> Vide n.º 2 do art.º 10.º da Lei de BGECM, *leg. cit.* [37] e art.º 10.º do EMFAR, *leg. cit.* [36, 2.ª parte].

<sup>226</sup> Assim o estabelece o n.º 1 do art.º 9.º e o art.º 10.º da Lei de BGECM, *leg. cit.* [36 e 37], bem como o RDM, designadamente nos seus artigos 4.º, *in fine*, *leg. cit.* [18], 12.º *leg. cit.* [33 e 34] e 13.º *leg. cit.* [35].

<sup>227</sup> Sendo *leis especiais*, cfr. art.º 35.º da LDN, *leg. cit.* [24] às mesmas, necessariamente, há-de corresponder o “critério da especialidade” (essencial à interpretação do Direito) na determinação do seu sentido e alcance.

### **3.3. O funcionamento à margem do direito do aparelho organizado de poder e potenciais situações que, similarmente, poderão ocorrer ao nível das FFAA**

Relativamente ao terceiro requisito, respeitante à desvinculação (ou funcionamento) destes aparelhos organizados de poder à margem da legalidade, Roxin esclarece que a desvinculação da organização do direito não precisa de ser total, bastando apenas que o concreto facto típico seja realizado à margem do direito<sup>228</sup>. Foi o que aconteceu com os planos secretos de actuação de poderes na *Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile durante os anos 70 do século XX para acabar com os «movimentos subversivos comunistas» na América do Sul, através de detenções ilegais, torturas assassinos e desaparecimentos dos detidos (...), planos estes que podem considerar-se como exemplo de um aparelho de poder paralelo, operando clandestinamente, à margem do Direito*<sup>229</sup>.

Hoje em dia, uma ordem ilegítima não vai colocar toda uma organização em movimento. Em regra, se a ordem é obedecida, não se trata da acção global dum aparelho organizado de poder a funcionar, mas sim (quase sempre) de um seu sector particular<sup>230</sup> – ou mesmo duma acção individual e isolada. A este respeito acrescentamos que *Claus Roxin tem vindo a defender que o “domínio da vontade” não é exercido apenas por quem se situa no topo da hierarquia do aparelho de poder, mas também por quadros intermédios que transmitem a ordem criminosa e que detêm um poder de mando independente*<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> A este respeito: *la desvinculación de la organización al Derecho no debe ser total, bastando sólo com que sea el hecho concreto el que se realice al margen del Derecho*. Cfr. CONDE, Francisco Muñoz, citando Roxin, em nota de rodapé, in *ob. cit.* [191], p. 93. Sublinhado nosso.

<sup>229</sup> Idem, p. 94.

<sup>230</sup> Neste tocante: *ciertamente hay en muchos países órdenes, directrices e instrucciones de la superioridad que son contrarias a los pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos que esos mismos países han suscrito (...). Pero esto no quiere decir que sus sistemas políticos puedan ser considerados en un todo como organizaciones criminales al margen del Derecho, sino simplemente que esas directrices y órdenes, en la medida en que sean contrarias a los Pactos suscritos, son antijurídicas*. Cfr. CONDE, Francisco Muñoz, in *ob. cit.* [191], p. 94 (sublinhado nosso).

<sup>231</sup> Cfr. MORÃO, Helena, in *Da Instigação em Cadeia, Contributo para a Dogmática das Formas de Participação na Instigação*, Coimbra Editora, 2006, p. 204.



### 3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos *aparelhos organizados de poder* como o são as FFAA

---

Diremos mesmo que, actualmente, quem transmitir ordens ilegítimas num Estado de Direito - e *o estágio actual da evolução do princípio do Estado de Direito (...) assenta, pois, num “pluralismo de elementos” que concretizam a ideia geral de que o poder público está submetido a regras que disciplinam a sua actuação, não arbitrária, mas limitada por padrões que não podem ser voluntariamente manipuladas pelo próprio poder público*<sup>232</sup> - tal pessoa, já não pode confiar que o aparelho organizado (que domina em maior ou menor grau) venha, na globalidade, cumprir essas imposições.

Facto é que estas ordens, uma vez emitidas à margem do direito dentro das organizações estatais (como o são as FFAA), tornam vulnerável o próprio Estado de Direito. Ou dito de outro modo, *infringe pois as garantias individuais a ordem dum funcionário impondo ao seu subalterno a prática de um acto contrário à lei*<sup>233</sup>, designadamente quando tal acto se consubstancie na prática de um facto típico.

Na verdade, o respeito pelos direitos fundamentais é a prova mais evidente do funcionamento de um Estado de Direito democrático. E, no âmbito dos direitos fundamentais, inclui-se, também, *o direito de desobediência a ordens ou instruções que impliquem a prática de um crime (...) cfr. art.º 271.º n.º 3 da CRP*<sup>234</sup>.

Se a lei é a expressão da vontade geral, e se o legislador só deve criminalizar comportamentos em *ultima ratio* (cfr. n.º 2 do art.º 18.º da CRP) então, ainda que o dever de obediência seja uma decorrência da lei<sup>235</sup>, tal decorrência terá de soçobrar quando estamos a prática de factos típicos, já que estes para estarem tipificados

---

<sup>232</sup> Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar, in *Manual de Direito Constitucional, Volume II*, 5.ª edição revista e actualizada, Edições Almedina, Coimbra 2013, p.700.

<sup>233</sup> Cfr. COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, in *ob. cit.* [160], p. 34.

<sup>234</sup> Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar, in *ob. cit.* [232], p. 970. Mais, para este ilustre jurisconsulto, *o direito a desobediência a ordens ou instruções que impliquem a prática de um crime (...)*, à semelhança de outros tipos de direitos fundamentais, são (...) *tipos de direito ainda assim positivados no texto constitucional documental, mas que por razões várias se localizam fora da arrumação sistemática dos títulos II e III da CRP (...) em número e importância que não se pode desconsiderar (...)*, in *ob. cit.* [232], p. 969.

<sup>235</sup> Cfr. n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do art.º 12.º do RDM, n.º 2 do art.º 4.º da BGECM, *leg. cit.* [33 e 34] e art.º 12.º do EMFAR, *leg. cit.* [50], no que aos militares, em concreto, diz respeito.

exigiram também da parte do legislador uma consciência legífera mais esclarecida (ou ponderada), também ela vertida no texto Legal Fundamental.

Assim, uma vez utilizados os referidos princípios da hierarquia e da autoridade de forma perniciosa, isto dentro de aparelhos organizados de poder como o são as FFAA, designadamente no sentido de levar em diante, por ordem de comando, determinada conduta típica e ilícita, violando deste modo direitos fundamentais (sejam eles pertença das vítimas, ou mesmo dos executantes<sup>236</sup> dos ilícitos perpetrados) tais princípios, quando utilizados de forma nociva, dizíamos, são uma clara demonstração da utilização das FFAA, como *aparelho organizado de poder*, ao arrepio da função constitucional que lhes está cometida<sup>237</sup>. Isto é, *estando ao «serviço do povo português»<sup>238</sup>, as FFAA não são um instrumento do Governo, dos partidos políticos, de maiorias e minorias e, muito menos, de países, entidades ou grupos estrangeiros<sup>239</sup>*. Nem de pessoas individuais que estejam ao serviço das mesmas, acrescentamos nós.

---

<sup>236</sup> Quando referimos direitos fundamentais dos executantes, referimo-nos ao referido *direito de desobediência a ordens ou instruções que impliquem a prática de um crime (...) cfr. art.º 271.º n.º 3 da CRP* – uma vez que: *os direitos fundamentais não são, pois, consagrados por recurso a conceitos, que pudessem abranger amplamente uma dada realidade a submeter aos efeitos do direito – são, antes, agrupados em realidades menos amplas, em torno, deste modo, de tipos jurídicos, por cujo intermédio melhor se capta o pormenor do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental considerado.*

*A grande vantagem do recurso ao método da tipificação – por contraste com o método da conceptualização – consiste numa menor abstracção, que traz consigo uma maior capacidade de retratação da realidade concreta a que respeita cada direito fundamental. Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar, in ob. cit. [232], p. 945.*

<sup>237</sup> Cfr. n.º 2 do art.º 273.º e n.º 4 ao n.º 6 do art.º 275.º da CRP.

<sup>238</sup> Cfr. n.º 4 do art.º 275.º da CRP.

<sup>239</sup> Cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, em comentário anotado ao n.º 4 do art.º 275.º da Constituição da República Portuguesa Anotada, in ob. cit. [19], p. 455.

4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade*

---

**4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade***

Para Roxin, o *domínio da organização* é uma forma de domínio da vontade e, assim, uma forma de domínio do facto (tese com a qual humildemente concordamos e que tem aplicação nas FFAA). Para este ilustre penalista alemão, apenas existem três (e só três) hipóteses de domínio do facto sob a forma de *domínio da vontade*. Domínio este atribuído ao *homem-de-trás* que não intervém na execução da acção (esta entendida como um acto dominado, ou dominável, pela vontade). No caso:

- *Domínio da vontade em virtude de coacção exercida sobre o executor;*

- *Domínio da vontade em virtude de erro sobre o executor;*

- *Domínio da vontade em virtude da fungibilidade do executor.* (Fungibilidade esta, vista como uma possibilidade, sem limites ou restrições, de substituição do *homem-da-frente* quando este se recusa a levar a cabo o determinado pelo *homem-de-trás*).

Tal como explica a professora Conceição Valdágua, a *fungibilidade* do executor é assegurada pelo automatismo próprio do aparelho organizado de poder, *com uma rígida estrutura hierárquica*<sup>240</sup> (como o são as FFAA, diremos nós), funcionando à margem do direito. E as FFAA também podem funcionar à margem do direito, seja em tempo de paz, seja em momentos de conflito armado. No caso do conflito do Iraque, atente-se aos reiterados abusos de direitos humanos cometidos em Abu-Ghraib, perpetrados pelas tropas americanas relativamente a cidadãos iraquianos feitos seus prisioneiros ou, ainda, às sevícias realizadas nas prisões de Guantanamo-Cuba contra suspeitos – e não acusados, ou mesmo que o fossem – pela prática de

---

<sup>240</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, citando Roxin, *ob. cit.* [196], pp. 655 e 656.

crimes de terrorismo contra os EUA<sup>241</sup>. Em exemplos deste tipo, a *fungibilidade* do executor possibilita ao *homem-de-trás* ter a tranquilidade necessária quanto à prática dos factos, ao saber que a sua intenção criminosa será sempre realizada, mesmo que aquele concreto *homem-da-frente* se recuse a levar em frente o que havia determinado. É nesta segurança e certeza quanto à prática do facto (na opinião da professora Conceição Valdágua) que assenta o domínio do facto pelo *homem-de-trás*, tal como idealizado por Roxin.

No entanto, apesar do *homem-da-frente*, por vezes, ser uma peça muito pequena dentro do grande aparelho organizado de poder, a verdade é que é esse *homem-da-frente* quem tem o domínio do facto e é o autor imediato do facto típico praticado. Mas trata-se de um domínio do facto substancialmente diferente do domínio do *homem-de-trás*, já que este possui o domínio do facto na forma de *domínio da vontade*.

Diríamos que a intensidade do dolo varia nos dois podendo, por vezes, ser bem mais intenso no *homem-de-trás*, pessoa que, quase sempre, foi quem idealizou e arquitectou a prática do tipo de ilícito.

Tal como explanado pela professora Conceição Valdágua, o *agente mediato tem o domínio do sob a forma que Roxin designa «domínio da vontade», que é próprio de quem pratica o facto «por intermédio de outrem», no sentido do artigo 26.º, segunda preposição, do Código Penal português*<sup>242</sup>. Na verdade, há um *domínio da vontade* e um *domínio do facto* da parte do *homem-de-trás* (agente mediato) sobre o *homem-da-frente* (agente imediato), em resultado do *domínio da organização* onde aquele está inserido em posição de destaque.

Por outro lado, o *domínio do facto* do executor, ou o *domínio da acção* do *homem-da-frente*, é um domínio de quem executa o facto *por si mesmo*, nos termos previstos na 1.ª preposição do artigo 26.º do CP.

---

<sup>241</sup> Em momento ulterior voltaremos a esta temática. Vide ainda nossa nota [15].

<sup>242</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, citando Roxin, *ob. cit.* [196], pp. 656 e 657.

**4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade***

---

Mas detenhamo-nos no querer (ou não) praticar o facto e correspondente relação de subordinação.

**4.1. A importância da *subordinação voluntária* – ou não – do *homem-da-frente* à decisão do *homem-de-trás*.**

Em regra, *quando uma pessoa, dolosamente, incute noutra a resolução de praticar um determinado facto punível, em cuja execução a primeira não que tomar parte*, a consequente *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão do *homem-de-trás* é determinante ou co-determinante para a qualificação jurídico-criminal e correspondente aferição da responsabilidade penal do *homem-de-trás*<sup>243</sup>.

Qual é a tensão (ou força) do elo que une a *subordinação* de um à *decisão* do outro, é aquilo que também, em nosso entendimento, deve ser apurado aquando do momento da resolução criminosa *homem-da-frente*. Este apuramento é decisivo em sede de prova. Assim, é fundamental determinar se o agente imediato tem (ou não) conhecimento que aquela ordem que lhe foi dada vai, necessariamente, conduzi-lo à prática de um crime. Já que, se possuir tal conhecimento (a apurar *no quadro da circunstâncias por si representadas*<sup>244</sup>), não deve cumprir a ordem por imperativo legal-constitucional.

É nestes momentos, directamente relacionados com a disposição do *homem-da-frente* em estar às ordens do *homem-de-trás*, que entram em avaliação todas as circunstâncias fronteiras à coacção (segundo Roxin), mas que se não qualificam como tais, designadamente o medo de perder o emprego ou qualquer situação de privilégio, que deverão ser aferidas – a fim de apurar o respectivo grau culpa – no tal quadro das circunstâncias por ele (*homem-da-frente*) representadas.

Também o que se passa na mente do *homem-de-trás*, no momento em que determina a ordem – bem como na altura em que esta está a ser executada – vai ser

---

<sup>243</sup> Idem, p. 663.

<sup>244</sup> Cfr. GONÇALVES, M. Maia, *ob. cit.* [136], p. 174.

essencial escrutinar, em termos de determinação da respectiva responsabilidade jurídico-penal.

Ainda neste contexto, trazemos à colação a opinião da prof.<sup>a</sup> Conceição Valdágua<sup>245</sup>, quando refere uma necessidade de avaliação e confirmação, quanto à existência de uma das duas situações (distintas), referentes à actuação ou comportamento do *homem-da-frente*. No caso:

- Confirmar se, por um lado, existe uma *subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do agente mediato*<sup>246</sup>, isto quando este já não deseja, ou não quer, que o facto típico seja praticado e comunica tal intenção ao *homem-da-frente*, anuindo este nesse sentido;

- Confirmar se, por outro lado, *não se verifica qualquer subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do agente mediato*<sup>247</sup>, já que (quer da actuação do *homem-de-trás* sobre o *homem-da-frente*, quer da resolução criminosa deste último) em momento algum se retira *que o agente imediato se compromete a não executar o facto punível, no caso de o agente da retaguarda vir a mudar de desígnio a esse respeito*<sup>248</sup>.

Tratam-se, em nossa opinião, de momentos e situações distintas a escrutinar e a aferir, quer aquando da actuação do *homem-de-trás* sobre o *homem-da-frente*, quer aquando da resolução criminosa deste último. Qual destes momentos se deve aferir em primeiro lugar? A investigação dos factos assim o determinará. Não existem premissas exactas neste tocante. Cada processo é um caso; cada situação tem o seu momento; cada homem é uma personalidade distinta. Há diferenças de comportamento e personalidade perante cada autor<sup>249</sup> (seja ele mediato ou

---

<sup>245</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.* [196], p. 663.

<sup>246</sup> *Idem.*

<sup>247</sup> *Ibidem.*

<sup>248</sup> *Ibidem.*

<sup>249</sup> Estes foram os ensinamentos retirados das aulas de “Criminologia” deste Curso de Mestrado em Direito e Segurança:

- *Hoje o crime, além de ser um fenómeno comportamental, é também um fenómeno social (...), e os criminosos possuem traços de personalidade completamente diferentes uns dos outros.*

**4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade***

---

imediato). É a estratégia da investigação, na descoberta da verdade material, quem o determinará o que investigar em primeiro lugar. E porque se trata da procura de prova (de dificuldade acrescida, pois muitas vezes estamos perante prova não material), recordamo-nos quer dos ensinamentos das aulas de “Polícia Científica e Criminalista” deste Curso de Mestrado, quer de Sir A. Conan Doyle: *vous connaissez ma méthode: elle est basée sur l’observation des riens*<sup>250</sup>.

Assim, o momento do início da prática do facto típico, em concreto o que se passa ao nível da consciência do *homem-da-frente*, vai ser assim essencial para aferir se este ainda estava a ser (ou não) *determinado* ou, pelo menos, *co-determinado*<sup>251</sup> naquela execução pelo *homem-de-trás*.

Neste sentido, uma vez transmitida uma ordem de conteúdo criminoso e tomada a resolução pelo *homem-da-frente* no sentido de acatar essa ordem, se o *homem-de-trás* comunica atempadamente ao agente imediato que já não deseja<sup>252</sup> o cometimento do crime e o agente imediato, apesar disso, executa o facto punível<sup>253</sup> - e se vier a provar que o *homem-da-frente* não estava a ser *determinado* por nenhum motivo que o agente mediato nele tenha incutido mas sim, exclusivamente, por motivo(s) alheio(s) à actuação do agente da retaguarda<sup>254</sup> - então estaremos

---

Cfr. POIARES, Prof. Dr. Carlos, em aula de “Criminologia” deste Curso de Mestrado.

<sup>250</sup> Cfr. DOYLE, Sir A. Conan, in *Le mystère du Val Boscombe*. E recordando as aulas de “Polícia Científica e Criminalista” deste Curso de Mestrado:

- *Quanto menor for a probabilidade de ocorrência de um acontecimento, mais significativo será esse acontecimento para o crime em investigação.*

Cfr. ANES, Prof. Dr. José Manuel, em aula de “Criminologia” neste Curso de Mestrado.

<sup>251</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.* [196], p. 663.

<sup>252</sup> E aqui somos levados para o campo da desistência, prevista no n.º 1 do artigo 24.º do CP:

**Artigo 24.º**

**Desistência**

*1 - A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime.*

(...)

Isto é, uma vez provado que se tratou de uma acção voluntária e espontânea do *homem-de-trás*, acção esta relevante para o resultado obtido, tal conduta pode ter evidentes reflexos na não punição do *homem-de-trás*. No fundo o agente revogou a sua intenção criminoso, ou desistiu de a levar a cabo.

<sup>253</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.* [196], p. 668.

<sup>254</sup> Idem, p. 667.

perante *outra resolução criminosa, posteriormente tomada pelo agente imediato*<sup>255</sup>, à qual o *homem-de-trás* é alheio. E é alheio porque o sucesso da ordem do *homem-de-trás* sucumbe face à falta de disposição do executor material do facto estar às ordens do *homem-de-trás*, o que para Roxin era essencial. Para este penalista alemão, a *fungibilidade* do executor relaciona-se muito com a disposição consideravelmente elevada do executor material do facto estar às ordens do *homem-de-trás*. É que o aspecto da *subordinação voluntária* – ou não – do agente imediato à decisão do *homem-de-trás* vai ser essencial para determinar a qualificação processual e o grau de culpa deste. É o que nos propomos seguidamente abordar.

#### **4.2. Razões para a qualificação jurídico-criminal de autor mediato a atribuir ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele**

Se existe uma *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão do *homem-de-trás*, impõe-se que a este deva ser atribuída a qualificação jurídico-criminal de autor-mediato. Se este tem o *domínio do facto* (embora nenhuma certeza tenha que o crime venha a ser cometido), aquela *subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato*<sup>256</sup>, ou *homem-de-trás*, vem facultar a este a possibilidade de ter nas suas mãos o *poder de planear e dirigir, em larga medida, o processo causal*<sup>257</sup>. Isto é, vem o *homem-de-trás* a ter o poder de deter (ou não) a perpetração do crime. É nosso entendimento que, além de deter o *domínio do facto*<sup>258</sup>, o *homem-de-trás* detém também o *domínio da vontade*, tudo relativamente ao comportamento e acção do *homem-da-frente*. Domínios aos quais não é alheio, ainda, o *domínio da organização* detido pela mesma pessoa, como acontece numa organização do tipo das FFAA. Daí que faça todo o sentido a afirmação de Claus Roxin: *a autoria mediata detém, sob o aspecto valorativo legalmente decisivo, a*

---

<sup>255</sup> Ibidem, p. 668.

<sup>256</sup> Ibidem, p. 665.

<sup>257</sup> Ibidem.

<sup>258</sup> Ibidem.



4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade*

---

*mesma estrutura ontológica que a autoria imediata, isto é, o domínio sobre a execução do facto*<sup>259</sup>.

Outro exemplo – ainda da *subordinação voluntária* - proferido pela professora Conceição Valdágua e que nos é particularmente caro face à temática das ordens militares, em si mesmo ilustrativo da atribuição da qualificação processual de autor-mediato ao *homem-de-trás* (por evidente *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele), é o exemplo da ordem e correspondente competência para a sua emissão. Assim, concordamos em absoluto com a ilustre professora quando refere: *quem se arroga competência para dirigir a outra pessoa uma determinada injunção está a arrogar-se, pelo menos de forma concludente, competência para revogar depois, eventualmente, essa injunção, ou emitir uma ordem de sinal contrário. E também é claro que quem acata uma ordem para cometer um crime e toma, portanto, a resolução criminosa para obedecer à ordem, está, do mesmo passo, a manifestar, pelo menos de forma concludente, que acatará uma eventual ordem posterior de sinal contrário, proveniente da mesma pessoa, se tiver atempadamente conhecimento dela. Também aqui é visível a subordinação voluntária do agente imediato à decisão do agente mediato*<sup>260</sup>.

Quer do teor deste exemplo da professora Conceição Valdágua, quer da sua posição atrás referida sobre a *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão do *homem-de-trás* (duas situações das quais se pode extrair uma imediata aplicação à realidade dentro das FFAA), em termos conclusivos diremos que, na *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão do *homem-de-trás* da mesma, jamais, se poderá retirar que existe um imperativo categórico<sup>261</sup> de

---

<sup>259</sup> Cfr. MORÃO, Helena, citando Claus Roxin, *ob. cit.* [231], p. 210.

<sup>260</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.* [196], p. 664.

<sup>261</sup> Cfr. Para KANT, Immanuel, (...) *o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal. (...) o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza. (...)*, in *Fundamentação da Metafísica e dos Costumes*, Textos Filosóficos, edições 70, Lisboa, 2001, p. 59.

obediência – de quem obedece. Isto porque, cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens se consubstanciar na prática de crimes<sup>262</sup>.

Já nos casos em que não se verifica qualquer subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão contrária posterior do agente mediato – e confirmado que antes alguém determinou dolosamente outrem à prática dum facto típico - se houver execução, ou início de execução, e uma vez verificado que não se confirma qualquer direcção, planeamento, coordenação posterior, ou influência no processo causal, isto é, verificado que não existe qualquer *domínio da vontade* da parte do *homem-de-trás*, a este não é possível ser atribuída a qualificação de autor-mediato, mas apenas (eventualmente, sublinhe-se) de instigador. É que *os preceitos que descrevem e punem a instigação (...) no direito penal português, não exigem (...) uma subordinação voluntária, ou involuntária, do executor-autor imediato do crime a uma eventual decisão do instigador (...), o instigador não é autor, mas simples participante (...)*<sup>263</sup>.

#### **4.3. Razões para a não qualificação jurídico-criminal de co-autor, a atribuir ao *homem-de-trás***

Ao *homem-de-trás* não pode ser atribuída a categoria de co-autor, desde logo porque não existe uma resolução conjunta (ou uma decisão delituosa comum) com o *homem-da-frente*. Mais, não existe entre ambos qualquer acordo, que é um elemento fundamental à co-autoria (o tal *por acordo*<sup>264</sup> que tem de estar permanente presente na realização dos factos levados à prática pelos diferentes co-autores).

Por outro lado, segundo a doutrina de Roxin que considera o *homem-de-trás* como autor mediato, a este não pode ser atribuída qualquer execução prática na realização dos factos – isto porque ele *não toma parte directa na execução* dos

---

<sup>262</sup> Isto no respeito pelo princípio fundamental do Estado de Direito democrático, garantindo-se assim o estipulado no n.º 2 do art.º 36.º do CP, em concordância com o previsto no n.º 3 do art.º 271.º da CRP, *vide* início do § 1.2.3..

<sup>263</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.* [196], p. 666.

<sup>264</sup> Cfr. artigo 26.º do CP e nota infra [189].

**4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade***

---

factos, característica da co-autoria, o que por si, demonstra a impossibilidade de considerar o *homem-de-trás* como co-autor.

Por fim, sendo a estrutura da co-autoria uma *estrutura horizontal*, ela opõe-se à *estrutura vertical* da organização onde em regra se insere o *homem-de-trás* (v.g. caso das FFAA). Neste último tipo de organização, a ordem vem de cima e é executada por um dos elementos da base, qualquer que seja ele, face à sua *fungibilidade* – perfeitamente idealizada para a autoria mediata.

Fica assim afastada a possibilidade de ao *homem-de-trás* ser atribuída a qualificação de co-autor.

**4.4. Razões para a não qualificação jurídico-criminal de instigador, a atribuir ao *homem-de-trás***

Também não pode ser atribuída a qualidade de instigador ao *homem-de-trás* porque, uma vez emitida a ordem para que o *homem-da-frente* cumpra o que lhe foi determinado, àquele não resta qualquer margem de liberdade (ou autonomia) sobre a decisão final de cometer, ou não, o facto criminoso.

Como *o resultado típico do facto principal não pode ser objectivamente imputável ao comportamento do instigador: este não é um autor, não possui o domínio do facto, não é ele quem causa o resultado típico, nem dele depende a sua verificação*<sup>265</sup>, logo o nosso *homem-de-trás* não pode assumir a posição de instigador. Ainda, uma vez confirmado que o *homem-de-trás* detém o domínio do facto, a ideia de “domínio” revela-se, pois, incompatível com o recorte da figura do instigador, sob pena de se tornar demasiado incerta a linha de fronteira entre os institutos da instigação e da autoria mediata, o que representaria uma consequência de todo ilegítima num sistema, como o português, em que são atribuídos efeitos jurídicos diversos a cada uma destas categorias, designadamente

---

<sup>265</sup> Cfr. MORÃO, Helena, *ob. cit.* [231], p. 156.

(...) *em sede de punibilidade da tentativa*<sup>266</sup>. E a punição da tentativa nos crimes estritamente militares têm uma especialidade como adiante veremos.

Por outro lado, numa estrutura hierarquizada, como o são as FFAA, muitas vezes medeia uma forte distância entre quem emite a ordem e quem a vai executar. Logo, correndo a ordem os vários escalões hierárquicos até à sua execução, parecem-nos existirem *comportamentos injuntivos sucessivos* que, em si mesmos, revelam casos típicos de instigação em cadeia. Como a instigação em cadeia face ao nosso ordenamento jurídico não é punível, a responsabilidade destes escalões hierárquicos, ainda que intermédios, que tiveram um papel importante na transmissão da ordem, ficará coberta pela impunidade. É que *o simples mensageiro não se apresenta, pois, como responsável, em sentido criminológico, pelo nascimento e colocação em movimento do projecto criminoso e do processo lesivo do bem jurídico tutelado, nem o seu contributo se afirma, do ponto de vista preventivo, tão grave, importante ou necessário como o do primeiro elo da cadeia.* (...) *Puni-lo como instigador do facto principal equivaleria a uma violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade*<sup>267</sup>.

Ainda dentro de uma eventual qualificação jurídico-criminal de instigador a atribuir ao *homem-de-trás*, entendemos que seria interessante trazer à colação a posição de Helena Morão<sup>268</sup>, no que toca à punição prevista para o instigador, já que a mesma tem evidentes reflexos na hierarquia militar, enquanto organização de estrutura vertical, designadamente na não responsabilização penal dos restantes *elos intermediários da cadeia de instigação* por onde passa a ordem transmitida. E a ordem nas FFAA (em regra) passa por vários escalões hierárquicos até chegar ao executante.

---

<sup>266</sup> Idem, pp. 141 e 142.

<sup>267</sup> Ibidem, pp. 179 e 180.

<sup>268</sup> Cfr. MORÃO, Helena, in «*autoria e participação no “crime contratado”*». Texto que, segundo a autora, corresponde nos seus traços essenciais, à conferência proferida a 25 de Março de 2009, no «2.º Congresso de Investigação Criminal», organizado pela Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na Reitoria da Universidade de Lisboa,

4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade*

---

De facto, a punição prevista para o instigador tem o seu fundamento na *circunstância de este criar um risco proibido de nascimento e execução de uma decisão criminosa, que se materializa numa resolução e início de execução por parte do autor, concretizando, deste modo, um ataque acessório ao bem jurídico tutelado*<sup>269</sup>. E, adianta ainda Helena Morão, *o instigador, enquanto participante, só pode concretizar o seu ataque ao bem jurídico através da execução do autor*<sup>270</sup> imediato ou *homem-da-frente*.

O *ataque acessório* a ser cometido pelo *homem-de-trás*, que não quer fazer parte da execução do ilícito quando ordena a realização de um facto típico, depende assim da execução do autor imediato, ou *homem-da-frente*. Seguindo ainda este raciocínio parece-nos (humildemente) bem estruturada a atribuição ao *homem-de-trás* da qualificação de participante já que, *criar a vontade criminosa no autor imediato não equivale a dominar o facto: o instigador não domina a decisão do instigado, pois é o próprio executor quem, como autor responsável, detém a liberdade de adoptar ou recusar e possui portanto esse domínio*<sup>271</sup>. De facto, na instigação não existe qualquer relação de hierarquia entre o *homem-de-trás* e o *homem-da-frente*. Como existe na autoria-mediata *versus* autoria-imediata (e como existe nas ordens dadas dentro das FFAA, acrescentamos).

O *homem-de-trás* que domina uma organização fortemente hierarquizada como o são as FFAA, ao transmitir uma ordem (tendo em vista à prática de um facto típico), ordem essa que trespassa a cadeia hierárquica (e que vai ser executada por um qualquer elemento da organização) ele não vai, neste concreto meio institucional, *criar vontade criminosa no homem-da-frente*, como cria o instigador. Imbuído do modo de funcionamento da organização e conhecedor das normas especiais que a regulam, ele vai sim, em regra, obrigar o *homem-da-frente* a cumprir a sua ordem, fazendo “uso” da disciplina (com recurso à hierarquia e à obediência

---

<sup>269</sup> Idem, p. 3.

<sup>270</sup> Ibidem.

<sup>271</sup> Ibidem, pp. 3 e 4.

militar) ou, então, substitui-o por outro elemento, caso haja recusa daquele no cumprimento. Ainda que, no final, a decisão do *homem-da-frente* prevaleça, sempre, na execução. É no momento da execução – em concordância com Helena Morão – que o *homem-da-frente detém a liberdade de a adoptar ou recusar e*, assim, detém o domínio da decisão e do facto.

No entanto, a actuação do *autor-instigador só se revelará imediatamente perigosa para o bem jurídico* (seja ele um bem estritamente militar ou outro) se e quando (sublinhado nosso) *o instigado der princípio à execução*<sup>272</sup>. Deste modo, não nos parece que a figura do instigador seja aquela que melhor se adapta à realidade do *homem-de-trás* que dá uma ordem dentro das FFAA, com vista à prática de um facto típico.

Na instituição castrense, face à natureza da sua missão e importância acrescida da disciplina (e neste sede recordamo-nos do seguinte aforismo: *existem apenas duas formas de lidar com a disciplina militar, ou se aceita ou se impõe*), uma vez emitida uma ordem, tal comando não é formulado pelo seu autor, nem é recebida pelo executor, como um acto que espere que crie, ou venha a criar, uma ponderação acerca da *vontade* de praticar a acção. *Tout-court*, tal ordem (comando, ou ainda imposição), em regra, é entendida, *ab-initio*, como uma determinação (ou injunção) que cria a seguinte convicção junto de quem a vai executar: ou se cumpre ou não se cumpre. A este respeito, em linguagem militar e dentro daquilo que é a *praxis militar*, diríamos: em regra *as ordens cumprem-se, não se discutem*.

Mas ainda que não se aceite esta evidência própria do especial funcionamento das FFAA, quase sempre inquestionável para os seus elementos, sobretudo em situações de conflito armado, onde a vida de uma camarada de armas poderá estar nas mãos de outro (razão porque *a instituição militar segregou, ao longo de uma tradição multissecular, um conjunto de valores tais como a honra, a coragem, a*

---

<sup>272</sup> Ibidem, p. 4.

4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade*

---

*honestidade e a coesão militares*<sup>273</sup>), facto é que não é legítimo (a qualquer militar) acobertar-se atrás de uma ordem para praticar um crime (seja ele do foro comum, ou estritamente militar). Assim, concordamos com Helena Morão<sup>274</sup>, relativamente à sua discordância perante a opinião da professora Conceição Valdágua, de que o critério decisivo para a qualificação de um comportamento como autoria mediata, em desfavor da instigação, não pode residir essencialmente (ou unicamente) na motivação pessoal do executor. Até porque nas FFAA a sujeição dos militares de posto inferior relativamente aos militares de posto superior – em regra aqueles que ordenam – diminui a liberdade dos militares subordinados, bem como diminui a possibilidade de eles formarem livremente a sua vontade e, assim, inibe-os de afirmar a sua posição.

Assim, perante uma ordem que se consubstancie na prática de uma facto típico, segundo Helena Morão, as situações de *maior perigosidade para o bem jurídico* (incluindo dos próprios bens jurídicos estritamente militares<sup>275</sup>) são aquelas em que o *homem-de-trás* não tem qualquer capacidade de fazer com que o *homem-da-frente* desista de levar a cabo a tarefa que lhe foi ordenada, que pode levar, inclusivamente, à perda do *controlo do processo lesivo* que o *homem-de-trás* tinha iniciado<sup>276</sup> (através da ordem que proferiu). E aqui trazemos, também, à colação a perigosidade inerente ao uso do armamento e equipamento militar.

Esta matéria assume ainda maior relevância, quando aquela autora teoriza acerca das soluções a dar para os actos praticados na forma tentada – com destaque

---

<sup>273</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *ob. cit.* [2], p. 25.

<sup>274</sup> Cfr. MORÃO, Helena, *ob. cit.* [268], p. 6.

<sup>275</sup> Vide teor nota [2] acerca do bem jurídico militar e ainda o Ac n.º 271/97 do TC, quando refere: *aqueles que, sendo fundamentalmente idênticos aos crimes comuns, por representarem um dano ou perigo de dano para os interesses comuns da comunidade, constituem, a mais do que isso, violações de algum dever militar, ofensa à segurança ou à disciplina das Forças Armadas ou aos interesses militares da defesa nacional. São crimes comuns que possuem um plus (um mais) de censura ética que não cabe na sua configuração como crime comum; crimes, pois, cujas normas tipificadoras, correspondentemente, também se encontram numa relação de minus a plus com as normas penais comuns.* Cfr. Ac. do TC n.º 271/97, datado de 02/4/1997, Proc.º nº 77296, sendo relator o Conselheiro Alves Correia, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, sítio por nós revistado pela última vez em 29/6/2014.

<sup>276</sup> Cfr. MORÃO, Helena, *ob. cit.* [268], p. 6.

particular, por nós dado mais adiante, no caso da tentativa de crimes estritamente militares. Assim:

- Se a exigência da punição – *cfr.* artigo 26.º do CP – passa obrigatoriamente pela confirmação do *homem-da-frente* (ou instigado) ter iniciado a prática do facto ilícito, já no que tange à autoria-mediata a lei não exige, tal como o faz para o instigador, a prática de qualquer acto de execução<sup>277</sup>.

- Mais, confirmada esta exigência legal - *cfr.* artigo 26.º do CP *in fine* - outra questão que se coloca, relaciona-se com o momento, a partir do qual, se inicia a punição da tentativa do *homem-de-trás*.

E mais uma vez concordamos com a posição de Helena Morão, quando esta autora refere a tese da *solução global*<sup>278</sup>, onde destaca que a tentativa do *homem-de-trás* só deve começar quando o *homem-da-frente* inicia a prática de actos de execução, não afastando esta autora a denominada *solução individual*<sup>279</sup>, na qual se admite a punição da tentativa do *homem-de-trás* antes mesmo do *homem-da-frente* (em determinadas circunstâncias) iniciar a execução do ilícito. (E no caso da obediência a ordens militares que se podem consubstanciar na prática de crimes graves, concordamos em absoluto com a aplicação da *solução individual* – como adiante explicaremos).

Estando a *execução ou começo de execução* directamente relacionados com a tentativa, e sendo certo que os actos tentados pelo *homem-da-frente* fazem nele salientar um *elemento de interioridade* (ou um *elemento intenção*<sup>280</sup>), entendemos que no *domínio da vontade* detido pelo *homem-de-trás*, estará, igualmente, bem presente o mesmo *elemento de interioridade* (variando, quando muito, o respectivo grau de intenção).

---

<sup>277</sup> Vide art.º 26.º do CP, *leg. cit.* [189].

<sup>278</sup> *Cfr.* MORÃO, Helena, *ob. cit.* [268], p. 7.

<sup>279</sup> *Idem.*

<sup>280</sup> *Elemento de interioridade* ou *elemento intenção* que faz agora parte da própria estrutura da tentativa, inclinando-se a lei para a tese finalista: sem ela não há tentativa. *Cfr.* GONÇALVES, M. Maia, *ob. cit.* [136], em comentário anotado ao art.º 22.º do CP, p.131.



**4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao *homem-de-trás*, por força da *subordinação voluntária* do *homem-da-frente* à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do *domínio da organização* e a influência desta no *domínio da vontade***

---

Logo a tentativa do *homem-de-trás* (ou autor mediato) só começa e só se realiza (ou completa) através de outrem (o *homem-da-frente*). E sempre que este outrem (como instrumento do autor mediato) pratica actos de execução de um crime (em vista à concretização da ordem que recebeu), tais actos de execução (na modalidade de tentativa) deverão ser estendidos àquele outro: o *homem-de-trás* (ou autor mediato).

A este respeito o art.º 12.º do CJM<sup>281</sup> estabelece: *a tentativa de crimes estritamente militares é punível qualquer que seja a pena aplicável ao crime consumado*. Esta especialidade na punição da tentativa dos crimes estritamente militares, em nosso entendimento, teve em vista conceder uma protecção especial dos bens jurídicos estritamente militares. Razão porque, também, todos estes crimes assumem uma natureza pública. Prosseguindo as FFAA um importante interesse público<sup>282</sup>, a não concessão de natureza pública aos crimes estritamente militares, bem como a não punição da tentativa (independentemente da pena aplicável ao crime consumado) afectaria o bem jurídico que estes crimes visam proteger<sup>283</sup> e, assim, concomitantemente seria lesada a independência nacional<sup>284</sup>. Facto que também reforça a qualificação jurídico-criminal de autor-mediato a atribuir ao *homem-de-trás*.

E se para alguns sectores da doutrina não é claro quando se inicia com rigor a tentativa do autor mediato, segundo a professora Conceição Valdágua *a tentativa pode começar, em regra, antes de o agente imediato praticar qualquer acto de execução*<sup>285</sup> - apesar desta posição não merecer a sua concordância -. Para nós, sempre que estejamos perante ordens que se consubstanciem na prática de crimes

---

<sup>281</sup> Cfr. CJM, *leg. cit.* [39].

<sup>282</sup> Cfr. art.º 273.º e art.º 275.º, n.º 1 e n.º 4 ao n.º 7 da CRP.

<sup>283</sup> Cfr. nota [2] e, ainda, nota [275].

<sup>284</sup> No caso a *garantia da independência nacional* como a primeira das *tarefas fundamentais do Estado*, nos termos do art.º 9.º alínea a) da CRP. Neste sentido, *a defesa da independência nacional não consiste apenas na defesa da independência do Estado, enquanto entidade política, contra a ocupação ou anexação por outro Estado – que constitui tarefa específica da defesa nacional (art.º 273.º)*. Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *in ob. cit.* [71], p. 227.

<sup>285</sup> Cfr. VALDÁGUA, Conceição, *ob. cit.* [196], pp. 671 e 672.

cujos bens jurídicos protegidos assumam particular relevância, é nosso entendimento que a tentativa deva *começar, em regra, antes de o agente imediato praticar qualquer acto de execução*<sup>286</sup>.

Não haverá bens jurídicos cuja importância (e valor intrínseco) exija a extensão da punição para um momento anterior aos próprios actos de execução?

Será sobre esta problemática que nos iremos debruçar nas próximas páginas.

---

<sup>286</sup> Idem.

**5. Uma responsabilização acrescida para o *homem-de-trás* na estrutura das FFAA, quando por sua ordem determina a prática de factos típicos ao *homem-da-frente***

A partir do momento que a ordem é proferida e sempre que da mesma adviesse *risco directo de lesão ou de perigo de lesão do bem jurídico*<sup>287</sup>, ou então perturbação para a *esfera da tranquilidade e liberdade* do(s) titular(es) do bem jurídico, deve ser responsabilizado, na medida da respectiva culpa, não só quem executa a ordem mas, também o autor da mesma.

Para nós, tal responsabilização deveria ocorrer não só quando se desse a efectiva lesão (ou o perigo de lesão) do bem jurídico, como também deveria acontecer uma responsabilização acrescida, a partir do momento da emissão da ordem de teor manifestamente ilegítimo; independentemente de, no seguimento da ordem ter havido, ou não, a sua execução<sup>288</sup>. Esta nossa opinião tem em vista, em concreto, a salvaguarda de uma específica tipologia de crimes do âmbito do Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados, ou Direito das Gentes, também puníveis pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI)<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Cfr. MORÃO, Helena, *ob. cit.* [268], p. 10.

<sup>288</sup> Neste contexto trazemos à colação a importância que o cumprimento das ordens assume para as FFAA. Atente-se às seguintes molduras penais do crime de insubordinação previstas no CJM, *leg. cit.* [32] (sublinhado nosso):

**Artigo 87.º**

***Insubordinação por desobediência***

*1. - O militar que, sem motivo justificado, recusar ou deixar de cumprir qualquer ordem que, no uso de atribuições legítimas, lhe tenha sido dada por algum superior é punido:*

*a) Com pena de prisão de 15 a 25 anos, em tempo de guerra, se a desobediência consistir na recusa de entrar em combate;*

*b) Com pena de prisão de 8 a 16 anos, em tempo de guerra e na área de operações, fora do caso referido na alínea anterior;*

*c) Com pena de prisão de 5 a 12 anos, em tempo de guerra, em ocasião a bordo de veículo, navio ou aeronave, que afecte a segurança dos mesmos;*

*d) Com pena de prisão de 2 a 8 anos, em tempo de guerra, fora dos casos referidos na alínea anterior;*

*e) Com pena de prisão de 2 a 8 anos, em tempo de paz, se for na ocasião referida na alínea c);*

*f) Na pena de 1 a 4 anos de prisão, em tempo de paz e em presença de militares reunidos;*

*g) Com pena de prisão de 1 mês a 1 ano, em todos os demais casos.*

<sup>289</sup> Vide art.º 5.º ao art.º 8.º do Estatuto de Roma, Tratado que institui o TPI, bem como art.º 8.º ao art.º 16.º da Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho – Lei que Adapta a Legislação Penal Portuguesa ao Estatuto do TPI -.

Nos nossos dias, as FFAA assumem-se cada vez mais como um braço da nossa política externa, *hoje mais do que nunca, a intervenção das Forças Armadas Portuguesas pode não ter o objectivo imediato da defesa da Pátria, mas sim o de cumprir obrigações decorrentes de tratados internacionais, quer seja a participação em missões militares determinadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas quer seja a participação em missões militares decorrentes da nossa pertença à União da Europa Ocidental e, eventualmente amanhã, da própria União Europeia, se esta chegar a ter uma política de defesa comum*<sup>290</sup>.

Nestes momentos de emprego e atuação das FFAA deve-se acautelar que a imagem do país, enquanto Estado de Direito democrático, não fique seriamente abalada com a prática de actos semelhantes àqueles praticados pelas tropas americanas contra cidadãos iraquianos nas prisões em Abu-Ghraib no Iraque<sup>291</sup>. À prática daqueles actos, estamos cientes, não terá sido alheio o funcionamento automático daquelas FFAA (em todo semelhante às demais) onde, aliado ao dever de obediência do subordinado perante a ordem do superior, e à possibilidade da *fungibilidade* dos executores, esteve certamente presente o *domínio* das respectivas *vontades*, em virtude da coacção exercida por aqueles que detêm o poder dentro daqueles *aparelhos organizados*.

Acautelando a prática de actos semelhantes por parte dos elementos das nossas FFAA e atendendo ao possível resultado destes ilícitos<sup>292</sup> – muitas vezes em razão da utilização de armamento com características letais de elevada dimensão, designadamente em termos de dimensão de vítimas - e, ainda, prevenindo a respectiva repercussão em sede de censura social (não raramente ultrapassando as meras fronteiras nacionais), é nosso entendimento que se deveria antecipar a respectiva punição até ao momento em que é formulada a ordem. Tal contribuiria,

---

<sup>290</sup> Cfr, AMARAL, Freitas do, *in ob. cit.* [2], p. 33.

<sup>291</sup> Vide notas [15 e 241].

<sup>292</sup> Entre outras, razão porque em Portugal vigora o *princípio complementar da universalidade* para factos alguns praticados fora do território nacional, cfr. art.º 5.º n.º 2 do CP - daí a importância na punição deste tipo de crimes com alcance internacional. *O que significa que o direito penal já não é, no momento presente, monopólio da legislação e da jurisdição dos Estados*, cfr. DIAS, Figueiredo, em *A Localização do Direito Penal no Sistema Jurídico*, *in ob. cit.*, [3], p.11.

## **5. Uma responsabilização acrescida para o *homem-de-trás* na estrutura das FFAA, quando por sua ordem determina a prática de factos típicos ao *homem-da-frente***

---

em sede de prevenção geral, para uma maior reflexão da parte daqueles que determinam a sua prática (quase sempre elementos que dominam a estrutura superior das FFAA e que têm sob a sua direcção e dependência hierárquica grande número de subordinados que acatam o que, em regra, determinam).

Casos recentes de total desrespeito pela condição humana – estamos-nos a reportar quer ao holocausto nazi, quer às atrocidades perpetradas na ex-Bósnia contra os muçulmanos, quer aos deploráveis actos praticados por tropas americanas nas prisões de Abu-Grhaib no Iraque e em Guantánamo Bay-Cuba, entre outros – são evidências que demonstram a necessidade de uma responsabilização acrescida para o *homem-de-trás*, na estrutura das FFAA, quando por sua ordem determina a prática de factos típicos ao *homem-da-frente*. Assim, é nosso entendimento que, por questões de prevenção geral, se deveria punir todas as ordens que conduzam à prática de crimes graves a partir do momento da sua concreta (e inequívoca) formulação.



### 6. Conclusão

O cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, são valores fundamentais à existência e sobrevivência das FFAA. Sem eles não se concebem umas FFAA como pilar essencial de um Estado de Direito democrático e garante da independência nacional.

No entanto, uma vez perante ordens que se consubstanciem na prática de ilícitos criminais, estamos perante um limite ao dever de obediência que é inultrapassável não só por imperativos legais como constitucionais. E os militares juraram dever de obediência à Lei Fundamental.

Mesmo que o militar subordinado invoque que está a cumprir uma ordem e com isso a respeitar os seus deveres militares ou, argumente ainda, que o dever militar impõe que tem de cumprir<sup>293</sup> e respeitar as ordens de legítimo superior hierárquico, então, diríamos:

*- Objectivamente, o conceito do dever exige, pois, na acção a conformidade com a lei, mas subjectivamente, na máxima desta mesma acção, o respeito pela lei enquanto modo único de determinação da vontade pela mesma*<sup>294</sup>.

Sempre que este princípio não foi observado, a História legou-nos momentos - e factos - que a humanidade deles não tem qualquer orgulho.

Se o Direito Penal serve para prevenir que um certo tipo de actos aconteça (ou se repitam), faz sentido recordar que este ramo do Direito também se dirige para as situações em que o actuar, ou não actuar, dependa da vontade das pessoas. E tal

---

<sup>293</sup> Vide Lei de BGECM no seu art.º 4.º, e alínea a) do n.º 2 do art.º 12.º do RDM *leg. cit.* [33 e 34] e o EMFAR no seu art.º 12.º, *leg. cit.* [50], *in fine*.

<sup>294</sup> Cfr. KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Prática*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1994, p. 97.

vontade<sup>295</sup> está, certamente, presente na consciência de quem emite uma ordem militar visando a prática de factos típicos.

Garantindo-se o castigo penal – para determinados crimes - a partir do momento em que a ordem é formulada, sobretudo tendo em vista a exigência da responsabilização dos seus autores, não se precaveria – em termos de prevenção geral - a prática desses crimes?

Convenhamos que, ainda que aparentemente tenha sido “apenas” formulada uma ordem, recordamos que nos estamos a referir, essencialmente, a ordens que visam a prática de crimes do âmbito do Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados (v. g. crimes previstos no Estatuto do TPI). E recordando os ensinamentos de Beccaria *é melhor prevenir os delitos, que puni-los*.

Não prevê a lei a punição dos chefes militares que não dêem conhecimento superior, ou nada façam para prevenir, ou reprimir, a prática de determinados crimes - ainda que não participem na execução dos mesmos?<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> Pretendemos ir ao encontro da evolução do conceito de acção e à evolução do mesmo desde a *concepção clássica positivista, mecanicista, naturalista, objectivista, em que era entendida como um movimento corpóreo que provocava uma alteração no mundo exterior, para depois passar pela concepção dita neoclássica, normativista, em que a acção é entendida como uma negação de valores (...) para, depois, o conceito finalista, ou seja, para o conceito de acção final, no entendimento do qual a acção seria o comportamento de uma pessoa que utiliza o saber causal, ou o saber do mundo causal, para conseguir um determinado objectivo. Cfr. BELEZA, Teresa Pizarro, in *Direito Penal – 2.º Volume*, reimpressão A.A.F.D.L., 1993, p. 97 (sublinhado nosso).*

<sup>296</sup> Vide art.º 48.º do CJM, *leg. cit.*[32] e art.º 6.º da Lei 31/2004 de 22 de Julho, *leg. cit.* [289], seguidamente enunciados (sublinhado e **bold** nosso):

**Artigo 48.º**

**Responsabilidade do superior**

**O superior** hierárquico que, **tendo, ou devendo ter, conhecimento** de que um subordinado está cometendo ou se prepara para cometer qualquer dos crimes previstos no presente capítulo, **não adopte as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes** é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos.

**Artigo 6.º**

**Responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores**

1 - Salvo o disposto no Código de Justiça Militar, **o chefe** militar ou a pessoa que actue como tal que, **tendo ou devendo ter conhecimento de que as forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob sua responsabilidade e controlo efectivos estão a cometer ou se preparam para cometer qualquer dos crimes previstos nesta lei, não adopte todas as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes**, é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos.



Esta nossa sugestão de estender a possibilidade da punição para um momento anterior ao início dos actos tentados, tem em vista proteger uma concreta tipologia de bens jurídicos e, assim, alcançar uma prevenção geral para determinados crimes, designadamente os crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou crimes de genocídio.

Apesar desta nossa posição nos levar a atribuir, no que toca à responsabilidade criminal do agente da retaguarda, um âmbito comparativamente maior do que aquele que decorre da aplicação da doutrina dominante, ainda assim perguntamos se, para determinados valores que o Direito Penal visa proteger<sup>297</sup>, os meios não justificarão os fins? Parece-nos, humildemente, que sim, porque...

*... a submissão às leis existentes é a primeira parte de uma boa ordem, a segunda é o valor intrínseco das leis a que se está submetido. Com efeito, pode-se obedecer a más leis, o que acontece de duas maneiras: ou porque as circunstâncias não permitem melhores, ou porque elas são simplesmente boas em si, sem convir às circunstâncias<sup>298</sup>.*

---

2 - O disposto no número anterior é, com as devidas adaptações, aplicável ao superior quanto ao controlo dos subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos.

<sup>297</sup> A este respeito: *existe «um núcleo essencial» dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Cfr. CANOTILHO, Gomes, in Direito Constitucional, 6.ª edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1995. p. 618.*

<sup>298</sup> *Cfr. ARISTÓTELES, in A Política, 2.ª edição, tradução Roberto Leal Ferreira, Livraria Martins Fontes Editora, Lds., Colecção Clássicos Filosofia, 1999. p. 114 (sublinhado nosso).*



## Bibliografia

- AMARAL, Freitas, *Curso de Direito Administrativo, Volume I*, 3.<sup>a</sup> edição, Almedina Coimbra, 2006. ISBN 978-972-40-2805-7.
- \_\_\_\_\_, Freitas, *Sumários de Introdução ao Direito*, 2.<sup>a</sup> edição revista, edições Princípia, Publicações Universitárias e Científicas, Lisboa, 2000. ISBN 978-8500-20-3.
- ARENDT, Annah, *Eichman em Jerusalém. Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal*, edições Tenacitas, Coimbra, 2003. ISBN 972-8758-09-X.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea – Ética Eudémia*, Biblioteca Clássica Gredos, 1.<sup>a</sup> edição, Editorial Gredos, Madrid, 1985. ISBN 84-249-1007-9.
- \_\_\_\_\_, *A Política*, 2.<sup>a</sup> edição, tradução Roberto Leal Ferreira, Livraria Martins Fontes Editora, L.da, Colecção Clássicos Filosofia, 1999. p. 114. ISBN 85-336-0841.
- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal – 2.º volume*, reimpressão da A.A.F.D.L., Lisboa, 1993.
- BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1386-9.
- CAETANO, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo, Volumes I e II*, Almedina Coimbra, 1991. ISBN 978-972-40-2805-7 e ISBN 972-40-0288-8.
- CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, 6.<sup>a</sup> edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1995. ISBN 972-40-0757-X.
- \_\_\_\_\_, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991. ISBN 972-32-0474-6.
- \_\_\_\_\_, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.<sup>a</sup> edição revista e ampliada, 2.º volume, Coimbra Editora, 1985.
- \_\_\_\_\_, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º ao 107.º*, 4.<sup>a</sup> edição revista, 1.º

- volume, Coimbra, 2007, pp. 207, 227 e 455. ISBN 978-972-32-1462-8.
- COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães, *A desobediência dos funcionários administrativos e a sua responsabilidade criminal*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1917.
- CONDE, Francisco Muñoz, “¿Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos de Poder Organizados en Organizaciones «No Desvinculadas Del Derecho»? in *Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada editora, Lisboa 2002, pp. 89 a 107. ISBN 972-8397-42-9.
- CUNHA, Alfredo e GOMES, Adelino, *Os Rapazes dos Tanques*, Porto Editora, L.da, Lisboa, 2014. ISBN 978-972-0-04634-5.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6.
- FONTES, José, *Tratado Elementar sobre as Garantias dos Particulares*, Editorial Caminho, Lisboa, 2006. ISBN 972-21-1820-X.
- GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal anotado e comentado*, 12.<sup>a</sup> edição, Almedina Coimbra, 1998, pp. 100, 102, 131 e 174. ISBN 972-40-1128-3.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional, Volume II*, 5.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, edições Almedina, Coimbra, 2013. ISBN 978-972-40-5394-3.
- HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, 6.<sup>a</sup> edição, edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011. ISBN 978-972-31-0692-3.
- KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica e dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, Lisboa, 1994. ISBN 972-44-0306-8.
- \_\_\_\_\_, Immanuel, *Crítica da Razão Prática*, Textos Filosóficos, Edições 70, Lisboa, 1994. ISBN 972-44-0153-7.

- MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1985.
- MENDES, João Castro, *Introdução ao Direito*, editora Danúbio L.da, Lisboa, 1984.
- MORAIS, Carlos Blanco de, ARAÚJO, António e LEITÃO, Alexandra, *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, Edições Cosmos, Lisboa, 2000. ISBN 972-762-190-2.
- MORÃO, Helena, *Da Instigação em Cadeia – Contributo para a Dogmática das Formas de Comparticipação na Instigação*, Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-1444-X.
- \_\_\_\_\_, Helena, *Autoria e Participação no “Crime Contratado”* – conferência proferida em 25 de Março de 2009, no 2.º Congresso de Investigação Criminal, organizado pela Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na Reitoria da Universidade de Lisboa.
- MORGADO, Miguel, *Autoridade*, edição Fundação Francisco Manuel dos Santos, Ensaios da Fundação, Setembro, 2010. ISBN 978-989-8424-07-5.
- NACIONAL, Comissão de Defesa, *Justiça Militar - Colóquio Parlamentar* promovido pela Comissão de Defesa Nacional da Assembleia da República, edição da Assembleia da República, Lisboa, 1995. ISBN 972-556-177-5.
- OVERY, Richard, *The Second World War Experience*, Vol. 2, ed. Imperial War Museum, ISBN 978-1-84442-008-7.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 4.ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pp. 793 e 1131. ISBN 972-40-2488-1.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição, “Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?” in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 651 a 672. ISBN 972-32-1193-9.

VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral, Volume I*, 7.<sup>a</sup> edição, Almedina Coimbra, 1991. ISBN 972-40-0522-6.

Vídeos:

HANNAH ARENDT. [Registo DVD]. Lisboa, German Films, distribuído por Alambique, n.º de registo 4177/2013, cópia n.º 704, 1 CD (109 min.), imagem 2.40:1 16x9 LB Cor, som estéreo 2.0.

Jornais:

COTRIM, Teresa – Ética e Deontologia o que significam? *Correio da Manhã*, Suplemento *CM Saúde* (10Dez.1997), p. 7.

ESPADA, João Carlos – Cimeira das Democracias em Lisboa. *Público* (24MAR2014), p. 45.

FUKUYAMA, Francis - As Origens da Ordem Política. *Diário de Notícias*, Suplemento *QI*, (ano 1, n.º 36), (12MAI2012), p. 8.

Serviram ainda de apoio para a elaboração deste trabalho:

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 103/87, datado de 24 de Março, Proc.º n.º 74/83, consultado no sítio electrónico do Tribunal Constitucional.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 271/97, datado de 02/4/1997, Proc.º n.º 772/96, consultado no sítio electrónico do Tribunal Constitucional.
- Diário da República (DR), 1.<sup>a</sup> série, n.º 67, de 5 de Abril de 2013, p. 1989 a 1992.
- Diário da Assembleia da República, I série, n.º 107, de 3 de Abril de 2003, IX Legislatura, 1.<sup>a</sup> Sessão Legislativa (2002-2003), pp. 24, 30, 34.

Portais/páginas Web:

<http://www.youtube.com/watch?v=rdHsanvYmTM&feature=related>;

Sítio electrónico revisitado pela última vez em 19/2/2014.

<http://www.telegraph.co.uk/news/picturegalleries/worldnews/5330481/New-outrage-over-Iraq-prison-abuse-photographs.html?image=2>;

Sítio electrónico revisitado pela última vez em 19/2/2014.

<http://www.25abril.org/index.php?content=1&c1&c2=&glossario=Gago%20Coutinho>;

Sítio electrónico revisitado pela última vez em 23/5/2014.

[http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=3610687](http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3610687);

Sítio electrónico revisitado pela última vez em 24/6/2014.

[http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn\\_lisboa/swr/cx1-3.html](http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/swr/cx1-3.html);

Sítio electrónico revisitado pela última vez em 24/6/2014.

<http://www.publico.pt/mundo/noticia/tpi-para-a-exjugoslavia-preparase-para-julgar-milosevic-62790>;

Sítio electrónico revisitado pela última vez em 24/6/2014.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Schutzstaffe>;

Sítio electrónico pela última vez revisitado em 30/6/2014.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>;

Sítio electrónico revistado pela última vez em 29/6/2014.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870103.html>;

Sítio electrónico revisitado pela última vez em 3/7/2014.





## Índice

Declaração antiplágio .....	I
Dedicatória.....	III
Agradecimentos .....	V
Siglas .....	VII
Outras declarações.....	IX
Resumo .....	XI
<i>Abstract</i> .....	XIII
Introdução e motivação .....	3
1. A importância do cumprimento de ordens na estrutura hierarquizada militar e sua relação com a obediência hierárquica e a disciplina militar .....	7
1.1. O valor e a importância da disciplina – e correspondentes deveres - para o funcionamento da organização militar .....	10
1.2. Da legitimidade das ordens e da justificação da obediência devida em cumprimento da disciplina militar .....	19
1.2.1. Da ordem, respectiva autoridade e correspondente dever de obediência .....	20
1.2.2. Da obediência a ordens formalmente legítimas.....	24
1.2.3. Da obediência a ordens materialmente legítimas .....	27
1.2.4. Da obediência a ordens ilegítimas obrigatórias .....	30
2. O cumprimento de ordens e a necessidade (ou dever) da sua avaliação .....	47
3. A importância da teoria idealizada por Roxin, sua relação com o cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar, no âmbito dos <i>aparelhos organizados de poder</i> como o são as FFAA .....	61
3.1. <i>A existência do aparelho organizado de poder com uma estrutura hierárquica rígida</i> e a respectiva semelhança com o funcionamento das FFAA.....	63
3.2. <i>A fungibilidade, sem restrições, do executor da ordem de conteúdo criminoso</i> e o correspondente paralelismo com a disponibilidade dos executores dentro das FFAA ...	66
3.3. <i>O funcionamento à margem do direito do aparelho organizado de poder e potenciais situações que, similarmente, poderão ocorrer ao nível das FFAA</i> .....	72

4. A qualificação jurídico-criminal de autor mediato atribuída ao <i>homem-de-trás</i> , por força da <i>subordinação voluntária</i> do <i>homem-da-frente</i> à decisão daquele, em consequência do cumprimento de ordens dentro do <i>domínio da organização</i> e a influência desta no <i>domínio da vontade</i> .....	75
4.1. A importância da <i>subordinação voluntária</i> – ou não – do <i>homem-da-frente</i> à decisão do <i>homem-de-trás</i> .....	77
4.2. Razões para a qualificação jurídico-criminal de autor mediato a atribuir ao <i>homem-de-trás</i> , por força da <i>subordinação voluntária</i> do <i>homem-da-frente</i> à decisão daquele .....	80
4.3. Razões para a não qualificação jurídico-criminal de co-autor, a atribuir ao <i>homem-de-trás</i> .....	82
4.4. Razões para a não qualificação jurídico-criminal de instigador, a atribuir ao <i>homem-de-trás</i> .....	83
5. Uma responsabilização acrescida para o <i>homem-de-trás</i> na estrutura das FFAA, quando por sua ordem determina a prática de factos típicos ao <i>homem-da-frente</i> ...	91
6. Conclusão .....	95
Bibliografia .....	99
Índice.....	105